

República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**S03-0281-2021**

**Radicado N° 02-2019-00015-01**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del demandado **HERMES SUAREZ LEÓN** contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021 por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a pagar prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 CST, declaró prescritas las acreencias anteriores al 19 de octubre de 2015, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas al demandado (archivo "5 ACTA AUDIENCIA 80", 02:28 archivo "4 AUDIENCIA 80").

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (pág. 4 a 12 archivo "1 EXPEDIENTE").**

**HERNANDO AMAYA PARRA**, solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo del 28 de agosto de 2013 al 16 de agosto de 2018, con salario de \$1.500.000, el cual finalizó sin justa causa, en consecuencia, condenar al pago de prestaciones sociales, vacaciones, dotación, trabajo suplementario, recargos dominicales y festivos, descansos compensatorios, reliquidación de aportes a seguridad social, indemnización por no consignación de cesantías,

indemnización por despido, indemnización moratoria, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que celebró contrato verbal de trabajo con **HERMES SUAREZ LEÓN** y empezó a trabajar desde el 28 de agosto de 2013; primero, como cortador en el establecimiento de comercio *Maxicarnes Espress VIS*, propiedad del empleador, con un salario de \$1.200.000, cumpliendo las funciones y ordenes que impartió el demandado. Aseguró que en 2014 se aumentó su salario a \$1.500.000, pagado en quincenas y en efectivo, sin recibir ningún comprobante de su entrega. Manifestó que su horario de trabajo fue de lunes a domingo de 7am a 8pm y en ocasiones se quedó más tiempo por orden del demandado y que solo daba 1 día de descanso cada 15 días. Afirmó que prestó personalmente el servicio, bajo las instrucciones del demandado y nunca recibió llamado de atención ni suspensión y solo recibió 3 pantalones y camisas blancas como dotación, las que devolvió cuando finalizó la relación. Aseguró que su empleador lo afilió en 2016 a salud y ARL y pagó los aportes sobre 1 SMLMV y que el 16 de agosto de 2018, el demandado terminó la relación laboral a través de una llamada. Aseguró que durante la relación no se pagaron cesantías, solo se le permitió 8 días de vacaciones en enero de cada año, en ocasiones se pagó \$300.000 por prima de servicios, siempre laboró los domingos, no recibió los descansos compensatorios ni el pago de las 4 horas extra de cada día de servicio y el demandado hizo caso omiso a la invitación a conciliar del 19 de octubre de 2018.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (pág. 64 a 78 archivo "1 EXPEDIENTE").**

**HERMES SUAREZ LEÓN**, se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que entre las partes existió un contrato verbal, que el demandante prestó su servicio personal en su establecimiento de comercio, que pagó el salario en efectivo y en quincenas, que en ocasiones laboró domingos y horas extras y que pagó los aportes sobre 1 SMLMV. Indicó que el demandante es su cuñado y que el servicio

inicio por un acuerdo verbal desde el 02 de enero de 2016, ya que con anterioridad el demandante prestaba su servicio esporádicamente a varios establecimientos de comercio, incluyendo el del demandado.

Indicó que el demandante inició como domiciliario, pero al ser su cuñado lo ubicó posteriormente en atención al público y cajero y que el salario siempre fue de 1 SMLMV, pero ocasionalmente reconoció bonificaciones en dinero o en especie (carne) y desde el inicio de la relación afilió al trabajador a seguridad social y caja de compensación familiar, además su horario fue de 48 horas semanales en una jornada de 8am a 5pm y las pocas veces que se laboró en dominicales le pagó 2 días de salario más un día compensatorio y las pocas veces que hubo horas extra el demandante solicitó su pago en efectivo y en especie y así fueron pagadas y aclaró que permitió el descanso dominical cada semana y que el demandante recibió varios llamados de atención por llegar tarde o atender inadecuadamente a los clientes y en 2018 fue suspendido 2 veces, la primera vez por 3 días y la segunda por 5 días, de otra parte, en los años 2016 y 2017 entregó 3 dotaciones anuales y en 2018 entregó 2, compuestas de 3 pantalones y camisas, 3 guantes de hilo de acero inoxidable, 3 delantales y 3 pares de botas.

Aseguró que desde el 15 de agosto de 2018 el demandante se ausentó de su trabajo porque ese día había sido citado a descargos por no entregar el dinero de unas facturas y sacar carne sin permiso del empleador, por eso fue desafiliado de seguridad social el 16 de septiembre de 2018, además el demandante no asistió a la conciliación que se organizó en la Personería de Bogotá.

Agregó que pagó directamente al demandante las cesantías de 2016 y 2017, los intereses a las cesantías y le otorgó las vacaciones de 2016 en dinero y las de 2017 en 15 días de descanso. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, inexistencia de sanción moratoria y la genérica.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivo "5 ACTA AUDIENCIA 80", 02:28 archivo "4 AUDIENCIA 80").

El 11 de febrero de 2021, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(...) PRIMERO: CONDENAR al demandado HERMES SUAREZ LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía 74.355.854, a pagar al demandante HERNANDO AMAYA PARRA, identificado con cédula de ciudadanía 1.105.304.656, los siguientes conceptos: \$3.816.335 por cesantías, \$240.365 por intereses a las cesantías, \$2.301.691 por prima de servicios, \$1.498.668 por vacaciones. SEGUNDO: CONDENAR al demandado HERMES SUAREZ LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía 74.355.854, a pagar al demandante HERNANDO AMAYA PARRA, identificado con cédula de ciudadanía 1.105.304.656, la suma de \$31.089.477 por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías a un fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. TERCERO: CONDENAR al demandado HERMES SUAREZ LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía 74.355.854, a pagar al demandante HERNANDO AMAYA PARRA, identificado con cédula de ciudadanía 1.105.304.656, la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST, la cual se concreta en un día de salario por cada día de retardo, para un total de \$26.041 diarios a partir del 17 de agosto de 2018 y hasta cuando se cancele el valor adeudado por prestaciones sociales, teniendo en cuenta que el actor devengaba el salario mínimo legal. CUARTO: CONDENAR al demandado HERMES SUAREZ LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía 74.355.854, a pagar al demandante HERNANDO AMAYA PARRA, identificado con cédula de ciudadanía 1.105.304.656, al pago de los aportes pensionales por la suma correspondiente del tiempo laborado por el demandante, esto es, del 13 de agosto de 2013 al 31 de diciembre de 2015, sobre un salario mínimo legal mensual vigente para cada año, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. QUINTO: ABSOLVER al demandado HERMES SUAREZ LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía 74.355.854, de las demás pretensiones incoadas en su contra, por el demandante HERNANDO AMAYA PARRA, identificado con cédula de ciudadanía 1.105.304.656, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. SEXTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción en relación con las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 19 de octubre de 2015, frente a las demás se declaran no probadas. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la parte demandada, dentro de las que se incluye como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) smlvm. (...)"*

La Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar los extremos temporales y el salario del contrato de trabajo que existió entre las partes y si el mismo finalizó sin justa causa, para establecer la procedencia de las pretensiones reclamadas.

Para resolver indicó que no hubo discusión de que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo, por el cual el demandante prestó su servicio personal subordinado en el establecimiento *Maxicarne* del demandado. Para determinar la fecha inicial, indicó que el demandado reconoció en su interrogatorio que el demandante ingresó en enero de 2015 y que desde el 28 de agosto de 2013 hacía reemplazos esporádicos, en lo cual coincidió la testigo Josefa García Segovia, sin embargo, no hay prueba de dichos turnos y del pago de jornal, por lo cual fijó como extremo inicial el 28 de febrero de 2013, en cuanto el extremo final, declaró el 16 de agosto de 2018. Determinó como valor del salario 1 SMLMV porque así figuró en los documentos de afiliación a seguridad social, los cuales no fueron tachados. No accedió a la indemnización por despido porque el demandante no acreditó un despido y por el contrario, se demostró que abandonó sus funciones. Indicó que el demandado reconoció que no afilió al demandante a un fondo de cesantías y le pagó directamente tal concepto al trabajador y por ello lo condenó al pago de cesantías y de la respectiva indemnización, de otra parte, declaró prescritas las acreencias anteriores al 19 de octubre de 2015, salvo las vacaciones que prescriben en 4 años, por tanto, condenó a intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones porque no se acreditó su pago, absolvió de dotación porque no se demostraron perjuicios y negó la condena a recargos y trabajo suplementario porque no se demostraron. Condenó al pago de aportes a pensión por el tiempo que el demandado no acreditó haberlos efectuado y negó la condena al pago de aportes de salud y riesgos laborales. Condenó a la indemnización moratoria por que el demandado aseguró que había pagado las acreencias laborales, sin embargo, reconoció expresamente que no pago cesantías y sus intereses, no realizó su pago ante un Juez

Laboral y cuando citó a conciliar al demandante lo fue para esclarecer un hurto y no para procurar el pago de acreencias laborales.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandado **HERMES SUAREZ LEÓN** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se valoró la conducta de las partes, porque el demandante afirmó que su salario era de \$2.200.000 o \$2.400.000, que nunca fue afiliado a seguridad social; de otra parte, aseguró que la Ley permite que los trabajadores labores por días y que se pagué su sueldo de manera compensatoria, incluidas las cesantías. Señaló que la sentencia es contradictoria porque en unas partes dio credibilidad a unas simples afirmaciones y en otras indicó que no basta hacer una afirmación para obtener plenos efectos probatorios, así mismo, no se aplicó la prevalencia de la prueba documental, la cual acredita que el demandante ingresó a trabajar de 2016 a 2018 y el demandado incurrió en un lapsus en su interrogatorio cuando indicó que laboró de 2015 a 2017, lo cual desmintió el testimonio de Josefa García Segovia, el cual tiene plenos efectos probatorios y que indica que el demandante solo trabajó de 2016 a 2018<sup>1</sup> (10:55 archivo "4 AUDIENCIA 80").

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE**

---

<sup>1</sup> De manera respetuosa interpongo recurso de apelación contra la sentencia que emitió su Despacho, con el fin que el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral la revoque por las siguientes específicas y concretas razones. Incurrió su Despacho en error de hecho por indebida valoración probatoria, dice la Ley procesal vigente que se debe observar la conducta de las partes para emitir una sentencia de fondo, el señor demandante afirma en el hecho 1 que ganaba \$2.200.000 o \$2.400.000, afirmó que nunca había sido afiliado a la seguridad social y la Ley permite que los trabajadores labores por días y que el empleador que lo ocupé pague su sueldo de manera compensatoria, o llamémoslo para que el pague sus cesantías dado que se puede presentar en varias partes, de hecho me asombra la sentencia suya cuando en unas parte le da credibilidad a las simples afirmación y en otras simplemente dice que no basta con hacer una afirmación para darle plenos efectos probatorios. De vieja data, se tiene establecida la prevalencia de la prueba documental, dado que le imprime seguridad y certeza, la prueba documental que se afirmó cuando el señor HERNANDO AMAYA PARRA ingresó a laborar de manera permanente con el señor HERMES SUAREZ LEÓN data de 2016 al año 2018, el señor HERMES en su interrogatorio de parte tuvo un lapsus al decir que el señor trabajaba de 2015 a 2017, hecho que fue desmentido por la señora JOSEFA GARCÍA, a quien se le concedió plenos efectos probatorios y dice que el señor HERNANDO PARRA ingresó a trabajar en el año de 2016 al año 2018, que perfectamente coincide con la prueba allegada al plenario, de hecho, señora Juez, ahí es donde radica la condena que emitió a la parte demandada, los efectos probatorios que el Despacho omitió los expondré en sustentación ante el H. Tribunal con mayor amplitud, muy amable.

solicitó confirmar el fallo, porque el interrogatorio del demandado y pruebas practicadas acreditaron la fecha de inicio de la relación laboral, no se demostró un salario superior a 1 SMLMV y tampoco el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión, por lo cual si proceden las condenas que fueron impuestas.

El apoderado del **DEMANDADO** solicitó revocar los numerales primero a tercero y modificar el cuarto, por cuanto la *a quo* partió del supuesto falso de declarar que la relación inició en 2013 y luego incurre en contradicción al indicar que no hay prueba del vinculo por turnos, pasando por alto los elementos de convicción que acreditan que la relación inició en 2016, tal y como indicó la testigo, por ende, con anterioridad hubo una serie de turnos por obra o labor contratada y el empleado era libre de decidir si iba o no iba y además la ley no impone prueba de dicho tipo de contrato, siendo una imprecisión del demandado señalar que el contrato existió de 2015 a 2017, desconociendo la *a quo* que las negaciones indefinidas que hicieron el demandado no requieren prueba, más aún cuando el propio demandante indicó que los pagos fueron en efectivo y que no había constancia de ellos, por lo cual no puede la Juez exigir soportes de pago ya que la Ley no impone ninguna solemnidad para realizar el contrato por obra o labor, lo cual no significa que no hubieran sido reconocidos y cancelados, también omitió calificar la conducta de las partes y deducir indicios de ella, ya que la demanda era temeraria.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A CPTSS, procede a estudiar los aspectos del recurso de apelación.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante a que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo por los extremos temporales declarados en primera instancia y al pago de las condenas

impuestas por el *a quo*, atendiendo los argumentos elevados en el recurso de apelación, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: *i)* el demandado **HERMES SUAREZ LEÓN** aceptó como cierto el hecho 2 de la demanda, reconociendo que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo (pág. 4 y 64 archivo “1 EXPEDIENTE”); *ii)* el demandado aceptó que pagó el salario del demandante en efectivo, en quincenas y que no daba recibo alguno por tal pago, al aceptar como ciertos los hechos 8, 9 y 10 de la demanda (pág. 4 y 64 archivo “1 EXPEDIENTE”).

### CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* condenó a prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 CST, declaró prescritas las acreencias anteriores al 19 de octubre de 2015, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas al demandado.

El apoderado del demandado **HERMES SUAREZ LEÓN** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se valoró la conducta del demandante, que la Ley permite que los trabajadores laboren por días y se pague su sueldo de manera compensatoria incluyendo las cesantías, además la sentencia es contradictoria al dar efectos probatorios a simples afirmaciones y negárselos a otras, de otra parte, no se aplicó la prevalencia de la prueba documental, la cual acredita que el demandante laboró de 2016 a 2018, siendo que el lapsus del demandado en su interrogatorio lo desmintió la prueba testimonial.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante destacar que el principio de consonancia, consagrado en el artículo 65A CPTSS, limita la competencia de esta Corporación a los asuntos que objeto del recurso de apelación. Así las cosas, la Sala se

abstendrá de emitir pronunciamiento alguno frente los reproches negaciones indefinidas del demandado y la imposibilidad de exigir soporte de pagos por la ausencia de solemnidad del contrato por obra o labor, por cuanto se trata de argumentos que el apoderado de la parte demandada no presentó en el recurso de apelación sino en sus alegatos de conclusión en segunda instancia, por tanto, no hacen parte de los reproches sobre los cuales tiene competencia esta Sala de Decisión y no podrán ser considerados.

Efectuada la anterior salvedad, procede esta Sala a resolver el reproche elevado en el recurso de apelación de la parte demandante, relativo a que no se valoró que la Ley permite que los trabajadores laboren por días y pagar el sueldo de forma compensatoria, incluyendo las cesantías, por cuanto no se dio prevalencia a la prueba documental y no se consideró que el lapsus del demandado en su interrogatorio fue desmentido por la testigo de la parte demandada.

Al respecto, si bien el punto de reproche es confuso, la Sala infiere, de forma razonable, que el mismo hace referencia a que las pruebas documentales aportadas al proceso acreditan que el demandado pagó aportes a seguridad social del demandante desde enero de 2016 a septiembre de 2018, periodo en el cual se dio la relación laboral conforme indicó la testigo JOSEFA GARCÍA SEGOVIA, siendo que con anterioridad a dicho lapso existieron labores por días y no una relación continúa.

Para resolver dicha oposición, es necesario considerar que el artículo 24 CST consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por tanto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, por tanto, corresponde a la parte pasiva desvirtuarla demostrando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede declarar el contrato de trabajo, conforme reiteró

recientemente en las sentencias SL2480 de 2018, SL2608 de 2019, SL3616 de 2020, SL2775 de 2021, SL3345 de 2021, entre otras.

En el presente asunto, el demandante indicó en el hecho 1° de la demanda que empezó a laborar al servicio del demandado desde el 28 de agosto de 2013, lo cual contestó la parte demandada indicando que no era cierto, porque la relación inició el 02 de enero de 2016 y con anterioridad, el demandante prestó servicios de forma esporádica a varios establecimientos de comercio, incluido el del demandado (pág. 4 y 64 archivo "1 EXPEDIENTE"). Posteriormente, el demandado indicó en su interrogatorio de parte que no era cierto que el demandante empezó a trabajar el 28 de agosto de 2013, porque *para esa temporada empezó un vínculo de trabajo, pero él (demandante) venía por días cuando descansaban sus empleados, a quienes daba descanso cada 15 días, por tanto, solo usaba (al demandante) 2 veces al mes, máximo 3 veces y le pagaba \$60.000 por turno* (08:41 archivo "2 AUDIENCIA 80").

Así las cosas, no existe ninguna duda de que el demandado reconoció que con anterioridad a enero de 2016 el demandante le prestó sus servicios, por cuanto desde el 28 de agosto de 2013 el promotor del litigio le prestó sus servicios de forma esporádica o por días.

En consecuencia, el demandado reconoció que desde el 28 de agosto de 2013 se benefició del servicio personal subordinado del demandante, por tanto, al haberse comprobado el servicio personal el demandante se benefició de la presunción de existencia de contrato de trabajo del artículo 24 CST, presunción que se aplica desde la fecha que indicó el demandado en su interrogatorio como el inicio de ese servicio, a saber, el 28 de agosto de 2013.

Correspondía a la parte demandada acreditar su dicho de que con anterioridad a enero de 2016 el trabajo del demandante era por turnos, para de ese modo desvirtuar la presunción de existencia de un solo contrato de trabajo.

Para ello aportó copia del formulario de postulación al subsidio de vivienda familiar que presentó el demandante, pruebas documentales que probatoriamente nada aportan al carecer de información sobre el extremo temporal inicial o modalidad del contrato de trabajo del demandante, por cuanto se limitan a indicar que labora para el demandado sin entrar en mayor detalle (pág. 46 a 49 archivo "1 EXPEDIENTE"). También se allegó copia del pago de aportes a seguridad que social que el demandado hizo a favor del demandante, por los años 2016, 2017 y 2018 (pág. 50 a 52 archivo "1 EXPEDIENTE"), sin que dicha documental acredite que con anterioridad a 2016 el servicio que prestó el demandante, el cual reconoció expresamente el demandado lo fue desde el 28 de agosto de 2013, hubiera sido por turnos, todo lo contrario, acredita que el demandado omitió afiliar al demandante a seguridad social no obstante que este le prestaba su servicio.

La prueba documental relativa a la audiencia fallida de conciliación que el demandado solicitó ante la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. tampoco desvirtúa la presunción de existencia de un solo contrato de trabajo desde el 28 de agosto de 2013, por cuanto dichas pruebas documentales permiten colegir que el demandante fue citado para resolver la devolución de un dinero presuntamente hurtado, más nada indicó sobre el modo como se desarrolló la relación laboral entre las partes, es decir, no acredita la afirmación del demandado de la existencia de trabajo por turnos con anterioridad a enero de 2016 (pág. 53 a 56 archivo "1 EXPEDIENTE").

Conforme el anterior análisis, las pruebas documentales, cuya prevalencia reclamó el apoderado del demandado pasando por alto que el artículo 51 CPTSS consagró la admisibilidad de todos los medios de prueba establecidos en la Ley para la especialidad laboral y de la seguridad social sin consagrar ninguna tarifa, grado o prelación entre aquellos, no desvirtúan la existencia de un solo contrato de trabajo entre las partes desde el 28 de agosto de 2013, ya que no demuestran,

de modo alguno, los turnos alegados por el demandado, por ende, no logra desvirtuar la presunción del artículo 24 CST.

En cuanto la prueba testimonial, la señora JOSEFA GARCÍA SEGOVIA tampoco logra acreditar la existencia de turnos, porque si bien manifestó que la relación laboral entre las partes inicio en 2016, también señaló que con anterioridad a esa fecha el demandado tenía otro muchacho que le trabajaba por turnos, a quien identificó como MANUEL ALARCÓN, sin embargo, cuanto dicha persona no venía se daban los turnos al demandante (46:51 archivo "2 AUDIENCIA 80"), por ende, la testigo también reconoció que con anterioridad a 2016 el demandante prestaba sus servicios al demandado, alegando que se hacía por turnos, sin embargo, el dicho de la demandante resultó ser tan genérico que no permite individualizar, con precisión, la fecha de los presuntos turnos, por tanto, carece de la suficiencia probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de existencia de una sola relación laboral que emana del artículo 24 CST.

Así las cosas, la confesión que realizó el demandado de que el demandante le prestaba servicios desde el 28 de agosto de 2013, sumada a la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 24 CST, conllevan a considerar que entre las partes existió una relación laboral desde dicha fecha, sin que las pruebas documentales y prueba testimonial allegadas por el extremo pasivo contenga la suficiencia probatoria necesaria para concluir que no se trató de una sola relación sino de varios contratos de trabajo, por ende, no es posible acceder a la tesis del apoderado de la parte demandada elevada en su recurso de apelación.

En cuanto el reproche elevado en el recurso de apelación de la parte demandada, relativo a la presunta ausencia de valoración de la conducta de la parte demandada, advierte en primer lugar que no es correcta la afirmación del apoderado demandado de que en la demanda se indicó que el salario era de \$2.200.000 o \$2.400.000, porque revisados los hechos 6 y 7 del libelo introductor se observa que en

ningún momento se reclamó la cifra señalada en el recurso (pág. 4 archivo "1 EXPEDIENTE"), así mismo, la afirmación de la parte demandante de que nunca fue afiliado a seguridad social, la cual desvirtuó la parte demandada, no es suficiente para concluir la existencia de indicios lo suficientemente relevante para privar de efectos el artículo 24 CST o desconocer la manifestación del demandado y de la testigo JOSEFA GARCÍA SEGOVIA de que el demandante prestaba servicios al demandado con anterioridad a enero de 2016, así mismo, la prueba del pago de aportes de 2016 a 2018 tampoco acredita que entre las partes se realizó trabajo por turnos desde 2013.

En cuanto el reproche que el apoderado de la parte demandada presentó en su recurso de apelación de que la *a quo* dio valor probatorio a ciertas manifestaciones y a otras no, no se observa que la decisión del Juez haya sido arbitraria o contradictoria, por cuanto en la especialidad laboral y de la seguridad social, el artículo 24 CST establece una presunción a favor de quien alega la existencia de un contrato de trabajo y le basta con demostrar la prestación personal del servicio para que se presuma la existencia de los otros 2 elementos esenciales del contrato de trabajo, siendo carga de la prueba del demandado desvirtuar tal presunción, de lo cual se concluye, sin lugar a dudas, que dicha norma establece un trato diferenciado entre las partes, sin que el mismo se pueda considerar discriminatorio.

Resueltos de manera desfavorable todos los puntos de reproche elevados por el apoderado de la parte demandada, no queda opción distinta para esta Sala que confirmar el fallo de primera instancia, habida cuenta que los mismos no fueron suficientes para desvirtuar la conclusión de la *a quo* por la cual impartió condena.

Sin costas en esta instancia.

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

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 08 2019 00748 01**

Bogotá D.C. veintitrés (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 26 de julio de 2021, por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**BLANCA STELLA RODRIGUEZ BERMEO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia

del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 10 de diciembre de 1959; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 15 de octubre de 1976 y el 30 de septiembre de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 746.14 semanas; que el 25 de agosto de 1999 suscribió formulario de traslado al RAIAS, administrado por la AFP PORVENIR, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de octubre de 1999. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le informó que podía regresar al RAIS antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió desfavorablemente su solicitud.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 80 a 126 Pdf. 1).

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 162 a 168, Pdf. 1).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la señora BLANCA STELLA RODRÍGUEZ BERMEO, identificada con C.C N.° 39.522.181, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A., el 25 de agosto de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la demandante BLANCA STELLA RODRIGUEZ BERMEO, identificada con C.C N.° 39.522.181, al Acta proceso 2019-748 BLANCA STELLA RODRIGUEZ BERMEO VS COLPENSIONES Y OTROS 2 régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora BLANCA STELLA RODRIGUEZ BERMEO, identificada con C.C N.° 39.522.181, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO: Costas** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de

las demandadas. **SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta. **RECURSO:** PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, por lo que se concede el mismo y se ordena el envío del expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral. De igual forma se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente no se acreditó que la decisión de traslado de la actora no se hubiera dado de forma libre y voluntaria, que de todas formas, la afiliación de la demandante se convalidó con el tiempo de permanencia en el RAIS, pues nunca realizó manifestación alguna de inconformidad sobre su permanencia en tal Régimen y que además en este momento se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. Sobre los gastos de administración pide que en caso de confirmarse la decisión se revoque esta condena en cuanto es un descuento autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros

que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenarlo.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Agregó, que al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y que disponer la ineficacia en el caso bajo estudio atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 10 de diciembre de 1959 (fl. 20, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 15 de octubre de 1976 y el 30 de septiembre de 1999, por un total de 746.14 semanas (carpeta 5 exp. administrativo); **iii)** que el 25 de agosto de 1999 la demandante suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, el cual se hizo efectivo a partir del 1° de octubre de 1999 (fl. 130, Pdf. 1); **iv)** que la demandante solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y éste fue negado (fl. 52, Pdf. 1).

### **- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(...)

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

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

#### - CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora BLANCA STELLA RODRIGUEZ BERMEO se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 25 de agosto de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 11:42), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Universidad Central, que los reunieron en un salón con asesores de PORVENIR, y que esta reunión duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social

iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 42:45), pues al efecto solo manifestó que la información suministrada a la demandante al momento del traslado no se encuentra documentada, porque para esa fecha lo único que se exigía era el formulario de afiliación. Señaló no haber estado presente en el momento de la suscripción del formulario pero constarle que los asesores de la entidad están debidamente capacitados para brindar la información necesaria a los afiliados.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas

deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir

en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *relacionados*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: BLANCA STELLA RODRIGUEZ BERMEO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2019 00748 01

✓ MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 09 2020 00085 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el once (11) de febrero de 2021 por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**ROBERTO DIAZ GIL**, presentó demanda ordinaria laboral en contra del **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, con el fin de que se condene a la demandada a reajustar la pensión de invalidez con fundamento en lo previsto en la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108

de 1992, junto con las diferencias causadas, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que fue trabajador oficial de la extinta empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA; que prestó servicios a dicha entidad por un total de 13 años, 7 meses y 9 días, comprendidos entre el 2 de septiembre de 1970 y el 23 de mayo de 1984; que fue retirado de la empresa porque sufrió una pérdida de capacidad laboral; que mediante Resolución N° 0926 del 22 de octubre de 1984 FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA le reconoció una pensión de invalidez a partir del 24 de mayo de 1984 en cuantía inicial de \$39.922,39; que a su prestación no le han sido aplicados los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992; que solicitó a la demandada el reajuste de su pensión y su solicitud fue resuelta de forma desfavorable.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**EI FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y compensación (Cd. 2, pdf. 1).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: ABSOLVER** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor ROBERTO DIAZ GIL en el presente proceso. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación. **TERCERO:** costas lo serán a cargo de la parte demandante. Tásese por secretaría y fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$200.000 de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura. **CUARTO:** En caso de no ser apelada la presente sentencia, remítase a la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, de conformidad con el artículo 69 del CPT y de la SS.”.

La Juez definió el problema jurídico en definir si es procedente la reliquidación de la pensión reclamada. Para resolverlo indicó que las normas que regulan el reajuste solicitado por el actor, no son aplicables al caso bajo estudio, en cuanto se refieren a pensiones de jubilación del sector público nacional y no a pensiones de invalidez, como lo es la prestación de que goza el actor.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la sentencia y se ordene la reliquidación de la pensión. Para sustentar el recurso aduce que el demandante si cumple los presupuestos que define la Ley 6 de 1992 para acceder al reajuste pensional solicitado, en cuanto goza de una pensión reconocida por una entidad del orden nacional con anterioridad al año 1989 y que no ha sido objeto de indexación o actualización monetaria alguna. Refiere jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional y del Consejo de Estado que define la procedencia de la aplicación de este reajuste y que representa una vulneración

del derecho a la igualdad, negarlo con el fundamento que la pensión reconocida es de invalidez.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> *“Manifiesto al despacho que frente a la decisión judicial proferida en esta audiencia interpongo recurso de apelación, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial para que sea revocada la misma y el fallo de segunda instancia, que cause ejecutoria se acojan en su totalidad las pretensiones y súplicas propuestas en la demanda inicial. Sustento en las siguientes premisas de orden fáctico y jurídico, mi cliente y actor dentro de la presente Litis si cumple a cabalidad con los requisitos para que se condene a pagar a su favor los reajustes a pensión consagradas en la Ley 6 de 1992 y con el Decreto reglamentario 2108 de 1992, conforme al caudal probatorio, normativo y jurisprudencial que reposa en el presente proceso, el actor se encuentra disfrutando de una pensión reconocida con anterioridad al 1° de enero de 1989, la pensión que disfruta es una pensión del orden nacional, reconocida en su momento, por los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, la entidad no aplicó a mi cliente cuando correspondía los reajustes previstos en la Ley 6 de 1992, que además año tras año con anterioridad al año 1989 los reajustes anuales que aplicó a su pensión fueron mucho más bajos que los reajustes efectuados sobre los salarios mínimos de la época, es decir, perdió su poder adquisitivo y quedó reajustada en valores inferiores al salario mínimo respectivo año tras año, el 116 de la Ley 6 de 1992, si bien fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C 531 de noviembre de 1995, esta declaratoria de inexecutable produjo efectos pero hacia el futuro, es decir, de acuerdo con la ley estatutaria de justicia ley 270 de 1996, se tiene que produjo efectos ex nuc y por lo tanto los reajustes y prerrogativas causadas y determinadas bajo su vigencia constituyen verdaderos derechos adquiridos para mi cliente, en el entendido de que así los mismos no se hubieran reclamado en su oportunidad no deja de tener derecho a los mismos, pues estos reajustes los puede reclamar en cualquier tiempo en el interregno en el cual la norma tuvo vigencia, es decir, surtió todos los efectos mientras estuvo vigente, es principio general y así lo ha entendido la jurisprudencia que los derechos a la pensión no prescriben por ser consustanciales y hacer parte del derecho a la pensión que tampoco prescribe y se puede reclamar en cualquier tiempo, es claro que la disparidad de los reajustes de las mesadas pensionales y los salarios mínimos se configuró con la expedición de la Ley 4 de 1976 y porcentualmente solo se vino a superar con la expedición de la ley 71 de 1988, por eso señora juez, que uno de los requisitos de la ley 6 de 1992, es que el pensionado ya este gozando del incremento pensional antes del 1° de enero de 1989 y que durante las anualidades anteriores a 1988, los reajustes que hubiere tenido sobre su pensión hubieren sido mucho más bajos en comparación con los reajustes efectuados sobre los salarios mínimos de la época año tras año, al desconocer el pretendido reajuste pensional se está vulnerando además los artículos 13, 46, 47, 48, 50, 53 y 59 Constitucionales que determinan el derecho a que las pensiones mantengan su poder adquisitivo, según lo sentado por el precedente constitucional sentencia C376 de 2000 y el carácter fundamental que tiene la seguridad social en pensiones, según los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad, los destinatarios del Decreto 2108 de 1992 son aquellos pensionados afectados con la norma pensional establecida en la ley 4 de 1976, mediante la cual se dictaron normas en materia pensional sobre los sectores público, oficial, semioficial y privado y en segundo lugar todos los pensionados que tenían derecho a una mesada pensional superior al salario mínimo con anterioridad al año 1988, como es el caso del actor, se vieron afectados con la pérdida de poder adquisitivo de su mesada, por lo cual la ley 6 de 1992 zanjó la diferencia de trato con los pensionados que perdieron el poder adquisitivo de la pensión y los que lo conservaron y por ende mi cliente tiene total derecho a estos reajustes, es importante advertir que la negativa del a quo se sustenta en que la normativa solo se refiere a pensiones de jubilación y no a pensiones de invalidez, que los incrementos de pensión establecidos antes de la Ley 6 de 1992 fueron superiores a los que establece dicha normatividad, no obstante lo anterior es necesario aclarar que si bien es cierto y principio, la ley 6 de 1992 y el Decreto 2108 de 1992 previó expresamente los reajustes para las pensiones de jubilación, también es absolutamente cierto que el Consejo de Estado, como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han reconocido este beneficio con independencia a la modalidad de pensión, situación plenamente soportada en la sentencia del 14 de julio de 2007, radicación 4403-5 del Consejo de Estado, en la cual se determina que con independencia de la modalidad de pensional se tenía derecho a ese incremento, reiterado en las sentencias T 030 de 2011, T 811 de 2011, entre otras, en donde en un caso análogo se concluyó “que frente al principio de igualdad y frente a la situación del disminuido físico y sensorial que tiene el demandante y hecha la sindéresis del precedente jurisprudencial es obligación del operador de instancia de hacer un análisis juicios y*

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del demandado FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que negó la reliquidación reclamada.

---

*atender los postulados del precedente jurisprudencial, que así mismo la ratio decidendi de los fallos de la Corte Constitucional tiene efecto vinculante y son de obligatorio cumplimiento y hacen dar tránsito a cosa juzgada constitucional”, es decir la Corte dejó a salvo los reajustes pensionales que se hubieren causado durante su vigencia, a manera de ejemplo con la sentencia T 453 de 2011, de la honorable Corte Constitucional, señala que la Corte actúa como tribunal de unificación de la jurisprudencia y en efecto vinculante de la ratio dicendi, es obligatorio para las autoridades judiciales y administrativas, de otra parte, en la sentencia SL 361 de 2015, radicación 66402 de febrero de 2015, con magistrado ponente Jorge Burgos, proferida por la Corte Suprema de Justicia y en las sentencias del Consejo de Estado, de fecha del 12 de febrero de 2004, magistrado Nicolás Pájaro Peñaranda y junio 14 de 2007 magistrado José María Lemus Bustamante, quedó determinado que todos los pensionados del sector público nacional tienen derecho al reajuste siempre y cuando los reajustes hubieren sido inferiores al salario mínimo legal, para mayor claridad de lo expuesto en el año 1992, el reajuste del salario mínimo fue del 30% mientras que para la pensión se reajustó solamente en un 13.33%, para el año de 1983 el salario mínimo se reajustó en un 25%, mientras que para la pensión se reajustó en un 15%, para el año 1984 el salario mínimo se reajustó en un 22% mientras que la pensión se reajustó solamente en un 12.49%, el año 1985 se reajustó el salario mínimo en un 20% mientras que la pensión se reajustó en un 11%, para el año 1986 el salario mínimo se reajustó en un 24% mientras que la pensión solo se reajustó en un 10%, para el año 1987 el salario mínimo se reajustó en un 22% mientras que pensión se reajustó en un 12%, para el año 1988 el salario mínimo se reajustó en un 11%, es decir la pensión de invalidez se reajustó en porcentajes inferiores al salario mínimo, por lo cual es procedente el reajuste de la ley 6 para los años 1993, 1994 y 1995 en los porcentajes allí señalados, el operador de primera instancia desatiende los postulados de las sentencia de constitucionalidad 538, 634 y 811 del 2011, que señalan que el precedente jurisprudencial es fuente formal de derecho a la par que la ley determina la obligación que tiene el operador judicial del precedente jurisprudencial antes citado, en la cual fue omitido ese fallo de primera instancia. Con la documentación expedida por la entidad de primera instancia se observa con claridad que además los reajustes dejados de aplicar para los años 93, 94 y 95 se debió revisar los reajustes aplicados entre el momento en que adquirió el derecho a la pensión de invalidez de mi cliente, es decir, los establecidos en la ley 4 de 1976 y el año 1988, fecha en que entró a regir la ley 71 de 1988, observándose que de un lado los incrementos aplicados a la pensión del demandante son inferiores a los aplicados a los salarios mínimos de cada uno de estos años, es decir, efectivamente los reajustes fueron menores y generó un incremento inferior de pensión, frente al incremento de los salarios para los años 1993, 1994 y 1995, en donde se les aplicó el reajuste legal ordinario, los actuales eran perfectamente legales y compatibles con los reajustes de la ley 6 de 1992, así las cosas y como quiera que nos encontramos frente a incrementos pensionales que son hechos notorios exentos de prueba y que además se encuentra acreditado que la entidad demandada no los ha aplicado sobre el demandante, solicito a su señoría, se acceda con las súplicas de la demanda ya que en el caso de no procederse así implicaría en la aplicación del proscrito principio del enriquecimiento sin justa causa en favor de la entidad demandada, con el correspondientes enriquecimiento sin justa causa de mi cliente, por lo anterior solicito a los honorables magistrados se conceda en su totalidad las pretensiones y pedimentos de la demanda y que sea condenada la entidad de las costas del proceso”.*

Por su parte el apoderado del demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante tiene derecho al reajuste pensional que solicita.

## **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 0926 del 22 de octubre de 1984 la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció al demandante una pensión de invalidez por accidente de trabajo, a partir del 24 de mayo de 1984, y definió que para su liquidación se aplicaría una tasa de remplazo del 75% de lo devengado en el último año de servicios (fls. 90 y 91); **ii)** que mediante escrito presentado ante la demandada el 16 de octubre de 2018, el demandante solicitó el reajuste pensional y la entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 2 a 7).

### **- Sobre el Reajuste Pensional solicitado**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, se advierte que el actor solicita el reajuste pensional definido en el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el Decreto 2108 de 1992. Sobre el punto tales normas establecen lo siguiente:

**“Artículo 116:** *Ajuste a pensiones del sector público nacional. Para compensar las diferencias de los aumentos de salarios y de las pensiones de jubilación del sector público nacional, efectuados con anterioridad al año 1989, el gobierno nacional dispondrá gradualmente el reajuste de dichas pensiones, siempre que se hayan reconocido con anterioridad al 1o. de enero de 1989.*

*Los reajustes ordenados en este artículo comenzarán a regir a partir de la fecha dispuesta en el decreto reglamentario correspondiente, y no producirán efecto retroactivo”.*

Por su parte el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992 define: *“Las pensiones de jubilación del sector público del orden nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989 que presenten diferencias con los aumentos de salarios serán reajustadas a partir del 1° de enero de 1993, 1994 y 1995”.*

Al efecto, resulta pertinente indicar que la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 1995, declaró la inexecutable del citado artículo 116 de la Ley 6ª de 1992, con efectos hacia futuro (*ex nunc*), es decir, que aun cuando dicha disposición normativa desapareció del ordenamiento jurídico, tal decisión de inexecutable no afectó el reajuste de las pensiones de jubilación de los servidores del sector público del orden nacional que definió tal norma, pues se trataba ya de situaciones jurídicas consolidadas que gozan de protección constitucional. Sobre el particular refirió la Corte:

*“La Corte ha señalado que es a ella a quien corresponde fijar los efectos de sus sentencias, a fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución. En este caso, esta Corporación considera que, en virtud de los principios de buena fe (CP art. 83) y protección de los derechos adquiridos (CP art. 58), la declaración de inexecutable de la parte resolutive de esta sentencia sólo tendrá efectos hacia el futuro y se hará efectiva a partir de la notificación del presente fallo. Esto significa, en particular, que la presente declaratoria de inexecutable no implica que las entidades de previsión social o*

*los organismos encargados del pago de las pensiones puedan dejar de aplicar aquellos incrementos pensionales que fueron ordenados por la norma declarada inexecutable y por el Decreto 2108 de 1992, pero que no habían sido efectivamente realizados al momento de notificarse esta sentencia, por la ineficiencia de esas mismas entidades, o de las instancias judiciales en caso de controversia.”*

Por lo anterior, y aun cuando la norma objeto de discusión fue declarada inexecutable la Sala verificará si el actor cumple las condiciones definidas en dicha disposición normativa para acceder al reajuste pensional que reclama.

Una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia al advertir que la prestación reconocida al actor, no está dentro de las que define la norma como destinatarias del reajuste pensional solicitado.

Para llegar a la anterior conclusión se advierte que mediante Resolución N° 0926 del 22 de octubre de 1984 (fl. 90), la empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA reconoció al demandante una pensión de invalidez, como consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 24 de agosto de 1983, prestación distinta a la que define el artículo 116 de la Ley 6ª de 1992 y el artículo 1° del Decreto 2108 de 1992, como destinataria del reajuste. La disposición normativa citada regula de manera específica y clara que dicho beneficio se reconoce a las pensiones de jubilación del sector público nacional reconocidas con anterioridad al 1° de enero de 1989. Como la prestación del actor no tiene la connotación de una pensión de jubilación, no resulta procedente ordenar el reajuste que solicita.

Para responder el argumento de apelación del demandante, referido a que por aplicación del derecho a la igualdad debe reconocerse el reajuste solicitado, y que jurisprudencia de la Sala

de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han definido su procedencia, debe precisar la Sala, que no se vulnera el derecho a la igualdad, pues ni siquiera la Corte Constitucional en el juicio de constitucionalidad que realizó sobre la norma extendió la aplicación del beneficio a otro tipo de pensiones del sector nacional.

De lo anterior resulta claro, que en la situación particular del demandante no puede hablarse de un derecho adquirido al reajuste, pues no cumple con las condiciones específicas señaladas en la norma, y ello impide ordenar dicho beneficio por aplicación del derecho a la igualdad u otros principios, pues no puede desconocerse que la Corte declaró inexecutable la disposición normativa citada, lo que impide aplicar una norma inexecutable a un caso particular que no quedó cobijado por el efecto hacía futuro que se le dio a la inexecutable, en cuanto no se trata de una situación jurídica consolidada, de lo contrario se estaría desconociendo el precedente jurisprudencial constitucional. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en sentencias SL15775-2014 y SL2627-2018, al definir la aplicación de la norma tantas veces citada, a los pensionados del orden distrital, que tampoco fueron incluidos como destinatarios del reajuste solicitado.

Así las cosas, se confirmará la decisión de primera instancia como se anunció.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

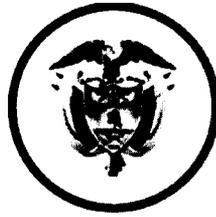
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
**Magistrado**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
**Magistrada**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 12 2020 00020 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES, sobre la sentencia proferida el 22 de julio de 2021, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**EDGAR RODRIGO CÉSPEDES HERNÁNDEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de noviembre de 1958; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 4 de mayo de 1981 y el 30 de septiembre de 2001, y cotizó a dicha entidad un total de 484 semanas; que el 3 de septiembre de 2001, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 13 de febrero de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 41 a 45).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 69 a 81).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación realizada por el demandante EDGAR RODRIGO CÉSPEDES HERNÁNDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1° de noviembre de 2001, a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante EDGAR RODRIGO CÉSPEDES HERNÁNDEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, conforme lo expuesto. **TERCERO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor EDGAR RODRIGO CÉSPEDES HERNÁNDEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los cobrados por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor de EDGAR RODRIGO CÉSPEDES HERNANDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

*FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$2.000.000.*

**SÉPTIMO: CONSULTAR** la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Bogotá, por lo expuesto.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la entidad cumplió con la obligación de información que se exigía para ese momento en que el actor decidió trasladarse, que no puede imponerse a la entidad una carga desproporcionada sobre este punto, frente a aspectos imposibles de predecir en ese momento. Señala, que el juez no realizó una valoración adecuada del formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros que definía la Superintendencia Financiera de la época. Agregó, que si el efecto de la ineficacia es regresar las cosas al estado en que se encontraban, no ha debido ordenarse la devolución de los rendimientos porque finalmente éstos no se habrían configurado. Sobre los gastos de administración señaló que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de

administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, que además debe tenerse en cuenta no participó de manera directa en el traslado del actor porque éste se realizó a través de la vinculación a la AFP BBVA HORIZONTE.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se niegue la ineficacia solicitada.

El apoderado de PORVENIR solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante pide en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 6 de noviembre de 1958 (fl. 10); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 4 de mayo de 1981 y el 30 de septiembre de 2001, por un total de 484 semanas (fl. 21); **iii)** que el 3 de septiembre de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR (Cd. 3, fl. 62); **iv)** que el 13 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 12).

### - **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema

de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la misma dirección, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

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

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la

ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

#### **- CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor EDGAR RODRIGO CÉSPEDES HERNANDEZ se trasladó al RAIS administrado por la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR el

3 de septiembre de 2001, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, audio 1, min. 25:38), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado se desempeñaba como conductor en la Fiscalía General, que tuvieron 2 o 3 reuniones con asesores de BBVA, que él no podía quedarse a las reuniones completas porque por sus funciones debía estar disponible, que de todas formas lo único que escuchó en las reuniones era que el ISS se iba acabar y perderían sus aportes pensionales y que en el fondo privado tendría mayores beneficios y por ello se trasladó, que por los afanes el formulario lo diligenció el asesor, quien le dijo que él coordinaba todo con la Fiscalía.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el

único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que los efectos de la ineficacia recaen sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban. Ello, acarrea para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de

prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del

Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *relativa de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: EDGAR RODRIGO CESPEDES HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2020 00020 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**S03-0277-2021**

**Radicado N° 14 2019 00114 01**

Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 20 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor y ordenó a esta última reconocer la pensión de vejez al demandante una vez reciba los valores señalados en la sentencia por parte de la AFP PORVENIR.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**CARLOS ALFONSO VARGAS SISTIVA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Pide además que se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional causado e intereses moratorios.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de abril de 1955; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 11 de julio de 1983 y el 30 de noviembre de 1996, y realizó cotizaciones a dicha entidad por 643.86 semanas; que el 15 de octubre de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 16 de diciembre de 1999 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen las AFP demandadas no le brindaron asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicaron la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, y que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 6 de septiembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen pensional.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (Pdf. 1, fls. 139 a 156).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el

relacionado con la edad el demandante; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de 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 Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Pdf. 1, fls. 169 a 185).

**COLPENSIONES.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, imposibilidad de reconocimiento de pensión de vejez, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, compensación y prescripción (Pdf. 1, fls. 201 a 215).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 20 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor y ordenó a esta última reconocer la pensión de vejez al demandante una vez reciba los valores señalados en la sentencia por parte de la AFP PORVENIR. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

***“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante CARLOS ALFONSO VARGAS SISTIVA del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN***

*DEFINIDA administrado por el I.S.S., al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos. **TERCERO: ORDENAR** a COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, debidamente indexados, incluidos gastos de administración, y primas de seguros. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados. **QUINTO: DECLARAR** que al demandante CARLOS ALFONSO VARGAS SISTIVA le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de vejez. **SEXTO.** Una vez PORVENIR S.A. de cumplimiento a lo ordenado en el numeral segundo de esta providencia, se ORDENA a COLPENSIONES que en un plazo máximo de cuatro (4) meses RECONOZCA en favor del actor pensión de vejez, debiendo aplicar como IBL el más favorable que resulte del comparar el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo laboral, debidamente indexados. La pensión del actor solo se podrá conceder por 13 mesadas al año, estando autorizada COLPENSIONES para deducir lo correspondiente a pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud. **SÉPTIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **OCTAVO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda. **NOVENO: COSTAS** a cargo de COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 SMLMV. **DÉCIMO: CONSULTAR** esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.”*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre

escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa al afiliado sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz. Señaló además que el demandante cumple los requisitos para acceder al derecho pensional que reclama y por ello COLPENSIONES deberá reconocer la prestación una vez reciba de PORVENIR los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor y demás adicionales.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos descuentos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado para COLPENSIONES, quien recibirá el valor de la cuenta de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos generados.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional del demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que esta entidad no tuvo nada que ver en el acto del traslado de régimen pensional del actor y que de todas formas éste ratificó su intención de permanecer en el RAIS al trasladarse al fondo PORVENIR. Señala además que el demandante se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y por ello no resulta procedente el traslado. Frente a la

devolución de los gastos de administración manifestó que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el demandante realizó de forma libre y voluntaria el traslado de régimen pensional, que además se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y nunca manifestó inconformidad alguna o la voluntad de regresar al RPM con lo que ratificó su intención de permanecer en el RAIS y por ello no es procedente la ineficacia declarada.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i*) que el demandante nació el 6 de abril de 1955 (Pdf. 1, fl. 6); *ii*) que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 11 de julio de 1983 y el 30 de noviembre de 1996, por un total de 643.86 semanas (Pdf. 1, fl. 7); *iii*) que el 15 de octubre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. (Pdf. 1, fl. 22); *iv*) que el 16 de diciembre de 1999 se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (Pdf. 1, fl. 128); *v*) que el 6 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS (fl. 25).

### - **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

La selección de régimen pensional, encuentra su fundamento jurídico en el literal *b*) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra para el afiliado el derecho a escoger libre y voluntariamente su régimen pensional; mas adelante el art. 114 *ibídem*, al establecer los requisitos para el traslado, reitera que la selección de régimen pensional, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el momento a partir del cual las AFP asumieron tal obligación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definatorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

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

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS ALFONSO VARGAS SISTIVA se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 15 de octubre de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 24:28), pues al efecto solo manifestó que en la empresa donde trabajaba estuvo en una reunión grupal donde asesores de la AFP COLFONDOS les explicó que en dicho fondo tendrían mayores beneficios pensiones, que el IS se iba acabar y podrían perder la pensión por lo que la mejor opción era estar en un fondo privado.

Tampoco se deduce nada relevante del dicho de los testigos JOSE GUILLERMO MANCILLA RIVERA (audio, min. 46:51) y YOLIMA DEL CAMPO AGUALIMPIA DUALIBY (audio, hora 01:08:57), quienes manifestaron haber sido compañeros de trabajo del demandante para la época del traslado. Señalaron que en la empresa de ingeniería donde trabajaban se llamaba *Hidrotec*, que en las instalaciones de la empresa se realizó una reunión general por parte de COLFONDOS, quien les informó que el ISS se iba acabar y les resultaba más favorable estar en un fondo privado porque de lo contrario podrían perder la pensión, que también les dijeron que podían pensionarse a menor edad y en una cuantía superior.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, que no es suficientemente claro en definir la devolución de la totalidad de estos valores.

En lo que respecta al reconocimiento pensional del demandante, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, en cuanto indicó de manera clara que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de

semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y

asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *relación de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: CARLOS ALFONSO VARGAS SISTIVA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

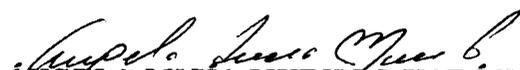
RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2019 00114 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 15 2019 00381 02**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**CRUZ AMPARO FORERO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 16 de abril de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 31 de agosto de 1977 y el 31 de agosto de 1996, y cotizó a dicha entidad un total de 864.79 semanas; que es beneficiaria del régimen de transición porque a 1° de abril de 1994 tenía más de 750 semanas de cotización; que el 23 de agosto de 1996 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias jurídicas, pérdida del régimen de transición, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; además de no informarle la posibilidad de devolverse al RPM, en qué consistía una cuenta de ahorro individual, ni que su mesada pensional podría verse afectada con su permanencia en el RAIS. Aduce además que la demandada PORVENIR le reconoció una pensión de vejez; que solicitó a PORVENIR y a COLPENSIONES la nulidad de su traslado pero dichas entidades negaron la solicitud aduciendo que tiene la condición de pensionada.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación inicial al ISS y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de multifiliación, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (fls. 69 a 76).

Mediante auto del 9 de septiembre de 2020, el juzgado tuvo por no contestada la demanda a la AFP PORVENIR (fl. 97).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le

correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de julio de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: ABSOLVER** a las partes demandadas AFP PORVENIR y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción, por la señora CRUZ AMPARO FORERO y en esos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, propuestas por COLPENSIONES. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte actora, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021. **TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dado el resultado desfavorable para la señora CRUZ AMPARO FORERO, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, a las AFP les asiste el deber de proporcionar información concreta sobre las implicaciones del traslado. No obstante, precisó que la demandante en la actualidad goza de una pensión de vejez reconocida por PORVENIR y para estos efectos la Corte Suprema de Justicia ha definido que existe una imposibilidad de regresar las cosas al estado en que se encontraban y por ello no resulta procedente ordenar la ineficacia solicitada.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que las sentencias a las que hace referencia el juez de primera instancia para resolver la controversia, son posteriores a la fecha de presentación de la demanda y por ello debe aplicarse el criterio jurisprudencial que se

encontraba vigente en este momento, pues esto implica la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial, hecho que no es posible en nuestro ordenamiento. Señala además que no puede desconocerse que la demandante era beneficiaria del régimen de transición, que las sentencias referidas solo hacen alusión a aspectos económicos pero no habla de los perjuicios que eventualmente se le causan a la persona y que de todas formas las decisiones de la Corte en este sentido, no constituyen doctrina probable en cuanto no se han proferido más de tres decisiones sobre la materia.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto negó la ineficacia de traslado solicitada. La apoderada de COLPENSIONES solicita igualmente que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda. El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si es procedente estudiar la eventual ineficacia de traslado de régimen, respecto de una persona que tiene la condición de pensionada.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 16 de abril de 1960 (fl. 13); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 31 de agosto de 1977 y el 31 de agosto de 1996, por un total de 864.79 semanas (fls. 25); **iii)** que el 23 de agosto de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR (fl. 24); **iv)** que PORVENIR mediante comunicación del 17 de enero de 2018 informó a la actora el reconocimiento de la pensión de vejez a partir de febrero de 2018, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente y también le informó que dicho reconocimiento era temporal hasta tanto la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público girara el valor del bono pensional (fl. 35); **v)** que el 19 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen pensional y dicha entidad resolvió la solicitud de manera desfavorable (fls. 38 y 39).

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<b>Etapa acumulativa</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a</i>

	<i>artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito

sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Además de lo anterior, la Sala considera pertinente señalar que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de

régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado. En la Sentencia SL-17595 de 2015, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó de forma expresa que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones del disfrute pensional, extremo límite que a juicio de esta Corporación permite inferir de forma razonable que una vez consolidado el estado pensional, cesa la posibilidad para alegar la falta de información, por cuanto la decisión de solicitar el disfrute de la prestación económica y su posterior reconocimiento constituyen un acto de ratificación de la voluntad de configurar el derecho pensional conforme las características del RAIS.

Esa misma Corporación, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, ratificó la posición anterior y agregó que en estos casos no se trata solamente de reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

#### **- CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CRUZ AMPARO FORERO se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 23 de agosto de 1996, que con

anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES y que la AFP PORVENIR le reconoció una pensión de vejez desde febrero de 2018 (fl. 35).

Sea lo primero indicar que esta Sala comparte los fundamentos del Juez de primera instancia, en cuanto señaló que las AFP, como entidades financieras, desde el mismo instante de su creación fueron responsables de brindar la información completa y comprensible sobre las características positivas y negativas de cada régimen pensional, para que los afiliados comprendieran los alcances de la decisión de traslado pensional.

Así las cosas, correspondía a PORVENIR S.A. acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con la actora, cumplió de forma oportuna dicha obligación de información, siendo a su cargo la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la H. CSJ ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP por cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, la demandante allegó copia del formulario de afiliación que suscribió en agosto de 1996 (fl. 24), el cual si bien relacionó una manifestación de consentimiento libre e informado, la misma es genérica, por lo que no se le puede tener

como prueba contundente de que se brindaron los suficientes elementos de juicio para que la actora emitiera una decisión consciente y debidamente informada, tal y como señaló en su momento el Juez de primera instancia.

A pesar de que la AFP no acreditó el cumplimiento de la obligación de información y asesoría al momento del traslado, no puede el Tribunal pasar por alto que la solicitud y reconocimiento de la pensión de vejez se trata de un nuevo acto jurídico, adelantado entre la actora y la AFP, en el cual se realizó una reasesoría a la demandante sobre las características del RAIS, sus ventajas, desventajas y diferentes modalidades de pensión, luego de lo cual la demandante manifestó su consentimiento expreso para la negociación de su bono pensional y facilitó toda la documental necesaria para consolidar su estatus de pensionada. Dichas circunstancias permiten inferir de forma razonable que la actora ratificó su voluntad de permanecer y pensionarse en el RAIS, sin que manifestara oposición alguna o deseo de retornar al RPM, lo cual desembocó en que le fuera reconocida su pensión, a partir de febrero de 2018 (fl. 35).

Adicionalmente a la anterior ratificación, la Sala recuerda que no es dable equiparar las condiciones de afiliado y pensionado. Al respecto, en la sentencia C-841 de 2003, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, norma que solo permite a los afiliados el traslado de AFP y no a los pensionados, por cuanto consideró que permitir dicha movilidad a estos últimos afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por el incremento de gastos administrativos y el desincentivo de inversiones a largo plazo que quedaría sometidas a que el pensionado no decida trasladarse.

Considerando la precitada sentencia y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se citó anteriormente, esta Sala concluye que es

constitucionalmente válido limitar el traslado de pensionados entre AFP, con mayor razón debe restringirse el traslado de régimen pensional de los mismos, incluso sí no se acredita que al momento del traslado la AFP hubiera cumplido con su deber de información, toda vez que el reconocimiento de la pensión es un acto que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, tal y como ya se explicó, sumado al hecho que permitir el cambio de régimen de los pensionados desconocería el principio de exclusividad de los regímenes, a la vez que conllevaría a afectar a terceros de buena fe, como lo es el caso de las compañías aseguradoras que emiten las pólizas de renta vitalicia y los terceros que adquirieron en el mercado de valores el bono pensional que fue negociado de forma anticipada, entre otros muchos, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones sobre la materia.

En conclusión, y dado que la actora ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, trámite durante el cual no manifestó ninguna oposición o deseo alguno de trasladarse al RPM, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que definió que no se cumplen los presupuestos normativos para declarar la ineficacia del traslado de la demandante, quien ostenta la condición de pensionada.

Para responder el argumento de apelación que plantea la demandante, referido a la imposibilidad de aplicar de manera retroactiva criterios jurisprudenciales, la Sala dirá que es procedente la aplicación del precedente judicial que aquí se refiere, aun cuando la sentencia fue proferida con posterioridad a la fecha en que este proceso inició, pues las decisiones emitidas en primera y esta instancia, se dictan para el momento en que ya se habían proferido las sentencias que se citan como fundamento de la decisión, luego, previo a dictar la decisión judicial no se ha consolidado derecho alguno en favor de la parte que lo reclama y por ello es susceptible de modificación y aplicación de los criterios

vigentes al momento de proferir la sentencia que en derecho corresponde, más aun cuando configuran doctrina legal probable, por existir más de tres decisiones en el mismo sentido.

Sobre los demás argumentos, referidos al perjuicio económico, y a la condición de beneficiaria del régimen de transición, conviene precisar que la demandante está en libertad de acudir a las vías judiciales pertinentes para reclamar los eventuales perjuicios que considere causados por parte de la AFP demandada, pues dentro de este proceso no se formularon pretensiones subsidiarias en este sentido y por ello no es procedente su estudio.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

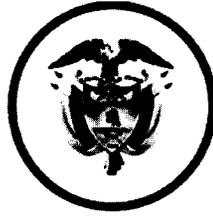
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 15 2019 00826 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 2 de marzo de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la mesada catorce de una pensión de jubilación convencional.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**ALFONSO AUGUSTO PORTILLA LOPEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP con el fin de que se condene a la entidad al pago de la mesada catorce de su

pensión, causada desde el 4 de septiembre de 2008, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por más de veinte años; que dicha entidad dio por terminado el contrato el 27 de junio de 1999; que para dicho momento tenía más de veinte años de servicio y no había cumplido la edad de 55 años; que causó el derecho a la pensión convencional el 7 de junio de 1999, pero dicha prestación se hizo exigible el 4 de septiembre de 2008, fecha en que cumplió 55 años de edad. Señaló que mediante Resolución N° 4912 del 13 de marzo de 2019 el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 4 de septiembre de 2008, en cuantía inicial de \$1.807.459,17, que equivale al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios; que dicho salario no fue actualizado; que el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia de manera unilateral suspendió el pago de la mesada 14.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la vinculación del actor a la Caja Agraria y su condición de pensionado, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y pago (Cd. 2).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de marzo de 2021, condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la mesada 14 de la pensión de jubilación convencional. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** el derecho que le asiste al señor demandante ALFONSO AUGUSTO PORTILLA LOPEZ ante la prestación pensional que le fuera reconocida mediante Resolución N° 492 del 13 de marzo de 2009, se pague en catorce mesadas pensionales anuales y no en trece como en forma indebida se está reconociendo por la entidad demandada, **ORDENANDO** pagar las mesadas pensionales que se han venido adeudando para los meses de junio, correspondiente a los años 2017, 2018, 2019, 2020 y las que se causen a futuro hasta su inclusión en nómina en catorce mesadas, pagando estas mesadas debidamente indexadas y/o actualizadas desde la fecha de causación de cada una hasta su momento efectivo de pago. Conforme lo que se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO: DECLARAR** demostrada la excepción de prescripción en forma parcial frente a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 6 de noviembre de 2016, conforme se expuso en la parte motiva. **DECLARAR** no demostradas las demás excepciones. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a un SMLMV para el año 2021. **CUARTO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de la UGPP, se remitirán las diligencias al superior para efecto de que las revise en el grado jurisdiccional de consulta”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el pago de la mesada 14 al actor. Para resolverlo indicó que la pensión de jubilación convencional que fue reconocida al demandante se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y por ello resultaba viable el reconocimiento de la prestación en 14 mesadas anuales.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la parte demandada pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la Convención Colectiva de Trabajo, fuente del derecho pensional reconocido al actor, contempla dos requisitos de causación de la pensión de jubilación, a saber, edad y tiempo de servicios, que en este orden de ideas la prestación se causó en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y por ello no es procedente el reconocimiento de la mesada 14.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de la mesada 14.

El apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta en favor de la demandada.

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 17 de agosto de 1974 hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 15); **ii)** que mediante Resolución N° 492 del 13 de marzo de 2009, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia reconoció al demandante una pensión de jubilación convencional, a partir del 4 de septiembre de 2008, en cuantía inicial de \$1.807.459,17 (fls. 15 a 19); **iii)** que el 6 de noviembre de 2019 el demandante solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la mesada 14 (fls. 20 a 23).

- **Sobre la reliquidación de la pensión convencional.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio advierte la Sala que el demandante reclama el reconocimiento de la mesada 14 de la pensión convencional que le fue reconocida por los servicios prestados en la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. El artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero para la vigencia 1998-1999, fuente del derecho que se reconoció al actor, define lo siguiente (Cd. 1):

*“A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicios a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios”, el parágrafo primero de esta disposición establece: “El trabajador*

*que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución”.*

Ahora bien, sobre la aplicación o entendimiento que debe darse a la anterior clausula convencional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que el artículo 41 de la Convención Colectiva suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO únicamente contiene un requisito de causación, y este es el del tiempo de servicio. Dice la Corte, que para este caso debe entenderse que la edad es solamente un requisito de exigibilidad del derecho y ello resulta claro del contenido del parágrafo primero de dicha norma cuando refiere que los ex trabajadores de la Caja tendrán derecho a la pensión al llegar a la edad de 55 años (hombres) siempre que hayan completado veinte años de servicio a la Institución, afirmación de la que se entiende que el único requisito para causar la prestación es el tiempo de servicio y éste se hace exigible al llegar a la edad establecida (sentencia SL1120-2021, SL803-2021, SL526-2018 y SL4550-2018).

Así las cosas, siguiendo el criterio jurisprudencial referido, el derecho pensional del demandante no se vería afectado por las disposiciones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, siempre que acreditara haber completado 20 años al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero antes del 31 de julio de 2010, único requisito que define la convención colectiva en comento, para causar el derecho a la pensión de jubilación.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente se advierte que ALFONSO AUGUSTO PORTILLA LOPEZ prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 17 de agosto de 1974 hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 15), es decir por más de 24 años,

tiempo suficiente para concluir que causó la pensión que define el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo y antes del límite referido en precedencia, por lo que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia que ordenó el reconocimiento de la mesada 14.

Así las cosas, no resultaba procedente que la entidad se abstuviera de realizar el pago de la prestación del actor en 14 mesadas anuales, y por ello se confirmará la sentencia que así lo definió, advirtiendo que operó la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 6 de noviembre de 2016, es decir, tres años antes de la presentación de la reclamación administrativa (fl. 20). Como así lo declaró el juez de primera instancia, también se confirmará su decisión en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 21 2019 00466 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 24 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**RUBEN DARIO SALGADO HERNANDEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP con el fin de que se condene a la entidad a reliquidar la pensión de jubilación convencional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, de conformidad con lo

establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con TELECOM, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que mediante Resolución N° 0087 del 17 de enero de 2002, la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM le reconoció pensión de jubilación convencional en cuantía de \$1.106.600; que mediante Resolución N° 0406 del 8 de marzo de 2004, dicha entidad reliquidó la pensión en cuantía inicial de \$1.358.199 a partir del 1° de marzo de 2003; que el reconocimiento de la prestación se realizó con base en lo definido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM y el Sindicato de base SITTELECOM; que para la liquidación de la prestación CAPRECOM no tuvo en cuenta todos los factores salariales devengados tales como: sueldo, prima saturada, auxilio de almuerzo, prima semestral, bonificación, diciembre, prima anual, prima de vacaciones, incremento, prima de navidad, prima de retiro y vacaciones; que el 1° de noviembre de 2018, solicitó a la UGPP la reliquidación de la pensión y esta entidad mediante Resolución RDP 004927 del 18 de febrero de 2019 resolvió desfavorablemente la solicitud.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento de la pensión convencional y los actos administrativos expedidos para reliquidar la prestación, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e improcedencia de costas procesales (Cd. 2).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido. **SEGUNDO: NEGAR** las pretensiones de la demanda incoada contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, de conformidad con lo manifestado en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la parte demandante. Liquidense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$400.000 a favor de la UGPP. **CUARTO:** De no ser apelada la presente decisión, envíese el expediente ante el H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión convencional del actor. Para resolverlo indicó que no es viable la reliquidación reclamada en cuanto la Convención Colectiva de trabajo para la vigencia 1996-1997 no estableció de manera específica la forma de liquidar las pensiones y por ello su liquidación debe realizarse en la forma que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, tal como lo hizo CAPRECOM en su momento.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se ordene la reliquidación de la pensión. Para sustentar el recurso aduce que CAPRECOM al momento de reconocer la pensión de jubilación convencional, no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios y claramente definidos en la convención

colectiva de trabajo y por ello debe disponerse la reliquidación con la inclusión de la totalidad de los factores salariales<sup>1</sup>.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y se orden la reliquidación solicitada, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuenta no es procedente la reliquidación solicitada.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

---

<sup>1</sup> *“Gracias señora juez me permito interponer recurso de apelación contra la decisión de acaba de tomar su despacho, para que el honorable Tribunal Superior de Bogotá, la revise y la revoque en su totalidad, en su lugar ordene el reconocimiento de la reliquidación de la pensión de jubilación convencional, de mi poderdante el señor Rubén Darío Salgado Hernández a partir del 01 de marzo del año 2003, lo anterior teniendo en cuenta que a mi poderdante, le fue reconocido por parte de CAPRECOM una pensión de jubilación convencional, a partir del año 2002 la cual fue reliquidada a partir del año 2004, sin embargo en esta reliquidación no se tuviera en cuenta, los factores salariales que ya fueron esbozados tanto en la demanda, como las alegaciones de conclusión, las cuales son el salario, la prima saturados y prima de alimentación, prima semestral, bonificación de diciembre primero anual prima de vacaciones, incremento prima de Navidad prima de retiro y las vacaciones en dinero de conformidad con la convención colectiva de trabajo suscrita y la cual le fue aplicada a mi poderdante desde el momento de reconocimiento de la pensión, para esto se debe tener en cuenta que cumplió con todos los requisitos de esta convención colectiva, sin embargo al momento de la liquidación no le fueron aplicados todos estos factores salariales ya enunciados, es decir que este es un tema solamente de revisión de esa liquidación y de actualización del dinero, se debe tener en cuenta también que la convención colectiva mencionada, la cual le fue aplicada a mi poderdante fue allegado con las pruebas de la demanda, en el acápite de convenciones colectivas suscritas entre el 96,97 la adición de esa misma convención colectiva y el decreto 2201 del 19/11/1987, los cuales deben ser aplicados al señor Rubén Darío Salgado, por lo que se solicitó a la honorable Tribunal revoque esta decisión y acceda a la totalidad de las pretensiones de la demanda muchísimas gracias”*

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la reliquidación de la pensión convencional del actor.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante prestó servicios a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – TELECOM desde el 15 de marzo de 1976 hasta el 27 de septiembre de 2001 (fl. 14); **ii)** que mediante Resolución N° 0087 del 17 de enero de 2002 CAPRECOM reconoció una pensión convencional al demandante en cuantía inicial de \$1.106.600 (fls. 13 a 17); **iii)** que mediante Resolución N° 406 del 8 de marzo de 2004 CAPRECOM reliquidó la pensión del demandante y definió el valor de la primera mesada en la suma de \$1.446.346 (fls. 18 a 20); **iv)** que mediante Resolución RDP N° 004927 del 18 de febrero de 2019 la UGPP negó la reliquidación de la pensión de jubilación convencional del actor (fls. 22 y 23).

### - **Sobre la reliquidación de la pensión convencional.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio conviene precisar que la convención colectiva de trabajo conforme el artículo 467 del CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, para el caso de los trabajadores oficiales, corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

Al efecto, el artículo 469 del CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada necesariamente

ante el Ministerio de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma so pena de no producir efectos. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias de Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018 y SL4792 de 2019, entre otras.

Por otra parte, esa misma Corporación ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPT y de la SS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio se advierte que el demandante solicita la reliquidación de la pensión convencional, teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios, forma de liquidación que aduce está prevista en la convención colectiva de trabajo suscrita con la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTAFE DE BOGOTA y en el Decreto 2201 de 1987; sin embargo el actor no refiere la convención aplicable a su situación pensional o que definió esta forma de liquidación.

Ahora bien, al revisar en detalle y en conjunto el contenido de las Resoluciones N° 0087 del 17 de enero de 2002, 0406 del 8 de marzo de 2004 (fls. 13 a 21), mediante las cuales se dispuso el reconocimiento y reliquidación de la pensión convencional del actor,

y de la Resolución RDP 004927 del 18 de febrero de 2019 (fls. 22 y 23), se advierte que al actor le fue reconocida una pensión de carácter convencional por la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – CAPRECOM, lo cierto es que dicha prestación se reconoció de acuerdo con lo definido en la Convención Colectiva de Trabajo vigente entre 1994-1995, pues así se deduce del contenido de la Resolución RDP 004927 del 18 de febrero de 2019.

Precisa la Sala, que las resoluciones expedidas por CAPRECOM que definieron el derecho pensional del actor, no establecen de manera específica que ésta última sea la convención aplicable a la situación particular del demandante, pero ello puede deducirse de la citada Resolución expedida por la UGPP y de la forma en que se liquidó la prestación en las resoluciones expedidas por CAPRECOM. Al efecto, resulta pertinente indicar que la parte demandante no cumplió con la carga de allegar el contenido de la convención colectiva de trabajo para la vigencia 1994-1995, documento que resulta ser la fuente del derecho reclamado y respecto del cual debe verificarse si la prestación se liquidó en debida forma. Como el demandante no cumplió con la carga mínima que le impone el artículo 167 del CGP, no es posible entrar a estudiar si la liquidación efectuada es correcta o no.

Además de lo anterior, si bien la Resolución RDP 004927 del 18 de febrero de 2019, transcribe una parte del contenido del artículo 27 de la convención referida (fl. 22 vto.), dicha transcripción no se encuentra completa y de esta forma tampoco resulta posible verificar las condiciones específicas que definía la norma convencional frente al reconocimiento y liquidación de las pensiones de jubilación.

Finalmente, resulta pertinente agregar, que si bien el demandante aportó copia de la convención colectiva de trabajo suscrita por TELECOM para la vigencia 1996-1997 y su adenda y

copia del Decreto 2201 del 19 de noviembre de 1987 (fls. 29 a 59), tales documentos no resultan pertinentes para definir la controversia, pues como se dijo, la pensión del actor se reconoció con fundamento en la convención vigente entre 1994-1995 y ninguna prueba del expediente contiene tal documento.

Por las anteriores razones se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

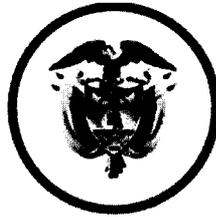
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

### **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**S03-0235-2021**

**Radicado N° 22 2018 00218 01**

Bogotá D.C. veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR, PROTECCIÓN, OLD MUTUAL y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**ADRIANA VELASQUEZ HINCAPIE**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL

PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual; que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de noviembre de 1966; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1995, y cotizó a dicha entidad un total de 111.57 semanas; que el 1° de diciembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 12 de diciembre de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR; que el 18 de marzo de 1999, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que el 30 de julio de 2001, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 30 de abril de 2003, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el 27 de abril de 2005, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL; que el 18 de diciembre de 2009, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el 21 de noviembre de 2014, se trasladó a la AFP PORVENIR y finalmente el 29 de marzo de 2016 se trasladó a la FP OLD MUTUAL. Señaló que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 17 de enero de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del

derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 79 a 99).

**OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 122 a 137).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** no se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento (fls. 226 a 240).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e

inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 253 a 261).

Mediante auto del 6 de septiembre de 2019, el juez dispuso vincular a la Litis a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (fl 269).

**La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 281 a 291).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por *ADRIANA VELASQUEZ INCAPIE identificada con CC. 51.834.985, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 12 de enero de*

1995, incluido los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a OLD MUTUAL S.A. fondo al que se encuentra afiliada ADRIANA VELASQUEZ INCAPIE identificada con CC. 51.834.985 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedo explicado en esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: CONDENAR** en costas a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A. a la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, CONSULTESE a su favor ante el superior inmediato, en los términos del artículo 69 del CPT y SS.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia

en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo estudio no es procedente la aplicación del criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Legal de la Corte Suprema de Justicia, pues éste concluye en la ineficacia del traslado de personas que son beneficiarias del régimen de transición, requisito que no cumple la demandante y por ello no puede entenderse que estuviera renunciando a algún tipo de beneficio pensional. Señala además que la juez de instancia no tuvo en cuenta la cantidad de traslados que efectuó la demandante dentro del RAIS y que en cada uno de ellos los asesores de los diversos fondos le brindaron información sobre este régimen. Sobre la devolución de los gastos de administración dijo que los descuentos realizados por este concepto se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe.

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado.

La apoderada de **OLD MUTUAL** solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto condena a la devolución de los gastos de administración. Para el efecto aduce estos valores se encuentran debidamente autorizados en la ley y corresponden a la contraprestación que debe reconocerse a la entidad por su labor de administración y que está reflejada en los rendimientos financieros

de la cuenta de ahorro individual, que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley les da y por ello ya no se encuentran en poder de la entidad.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la demandante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y no procede, por vía de la ineficacia inaplicar dicha norma, pues se generaría una afectación financiera grave al RPM.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la demandada OLD MUTUAL solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto no es procedente declarar la ineficacia del traslado de la demandante.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico, en sede de apelación, gravita en determinar si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 2 de noviembre de 1966 (fl. 50); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de septiembre de 1992 y el 31 de enero de 1995 por un total de 111.57 semanas (Cd. 2); **iii)** que el 1° de diciembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 242); **iv)** que el 12 de diciembre de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 242); **v)** que el 18 de marzo de 1999, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 242); **vi)** que el 30 de julio de 2001, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 242); **vii)** que el 30 de abril de 2003, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 33); **viii)** que el 27 de abril de 2005, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 138); **ix)** que el 18 de diciembre de 2009, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 242); **x)** que el 21 de noviembre de 2014, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 242); **xi)** que el 29 de marzo de 2016, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 139); **xii)** que el 17 de enero de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 12).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo,*

*sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

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

“(…)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

#### - **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no es tema de controversia que la señora ADRIANA VELASQUEZ HINCAPIE se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 1° de diciembre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, min. 20:12), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado trabajaba en Médicos Asociados, que el esposo de la persona de talento humano de la empresa era asesor comercial de HORIZONTE, que esta persona fue a la empresa y les dijo que el ISS se iba acabar y que con la implementación de la Ley 100 de 1993 en los fondos de

pensiones tendrían mayores ventajas pensionales, que se podrían pensionar a menor edad y con una mesada más alta.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3 min. 55:08), pues al efecto solo manifestó que los asesores de la entidad siempre han estado debidamente capacitados para brindar la información necesaria a sus afiliados, que no estuvo presente en el momento del traslado y que en el expediente obra el formulario que suscribió la actora como manifestación de voluntad de pertenecer al RAIS, pero no se encuentra documentado el tipo de información que se brindó en cuanto para ese momento no era obligación legal guardar documentos sobre el particular.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP OLD MUTUAL, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y

dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que

corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de

administración y comisiones, valores que deben ser indexados, y que debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ADRIANA VELASQUEZ HINCAPIE  
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS  
RADICACIÓN: 11001 31 05 022 2018 00218 01

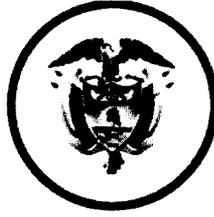
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 23 2019 00825 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**STELLA ORTIZ CHAUX** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA S.A. – E.S.P.**, con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge **GILBERTO DE JESUS NEIRA ESLAVA**. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar la

pensión de sobrevivientes a partir del 3 de julio de 2018, junto con las mesadas adicionales y el retroactivo pensional causado a partir de esta fecha, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que la demandada reconoció pensión a su cónyuge GILBERTO DE JESUS NEIRA ESLAVA, mediante Resolución G-0059 del 1° de abril de 1985; que contrajo matrimonio con el causante el por el rito católico el 7 de diciembre de 1963; que procrearon tres hijos y de ellos uno falleció; que un día al regresar a la casa se encontró que su esposo había desocupado el apartamento, dejándole solo una cama y la ropa; que incluso se llevó a sus hijos menores de edad en ese momento; que ante tal situación se fue a vivir a la casa de su madre donde permaneció por espacio de 5 años; que no pudo regular las visitas de sus hijos porque su esposo no se lo permitió; que pasado un tiempo su esposo la buscó para que volvieran a convivir y ante la negativa fue agredida físicamente; que presentó la denuncia correspondiente pero nunca paso nada; que nunca hubo divorcio ni liquidación de la sociedad conyugal; que el causante falleció en la ciudad de Bogotá el 2 de julio de 2018; que el 13 de noviembre de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la entidad mediante Resolución N° 1196 del 18 de diciembre de 2018 negó el reconocimiento de la prestación.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante y la fecha fallecimiento, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de buena fe, inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación y prescripción (Cd. 1).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2020, condenó a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** que la señora demandante Stella Ortiz Chaux acredita los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, con el fallecimiento de Gilberto de Jesús Neira Eslava. **SEGUNDO: CONDENAR** a la empresa de Acueducto y Alcantarillado Bogotá S.A. E.S.P. a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la señora Stella Ortiz Chaux por el fallecimiento de Gilberto de Jesús Neira Eslava, a partir del 2 de julio de 2018, en cuantía inicial \$ 3.804.359 por el número de mesadas, que se reconocían al año, al señor causante y aplicando los reajustes correspondientes, año a año. Las mesadas pensionales deberán reconocerse debidamente indexadas, parágrafo autorizamos el descuento, de este retroactivo pensional lo que se genere por los aportes correspondientes a salud. **TERCERO: ABSOLVER** a la empresa Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P. de las demás pretensiones incoadas por la demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **QUINTO** sin costas en esta instancia. Anterior decisión queda notificada en estrados.”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama. Para resolverlo indicó que las pruebas del expediente acreditan que la demandante y el causante se encontraban casados desde el año 1963, que si bien la convivencia entre la pareja se vio interrumpida, la actora acreditó haber convivido con el causante durante más de 5 años y por ello en consonancia con lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es procedente el reconocimiento de la prestación.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación parcial, con el fin de que se ordene el pago de los intereses moratorios definidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Para sustentar el recurso aduce que según lo define la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el reconocimiento de los intereses moratorios obedece a un hecho objetivo que es la mora en el pago de las mesadas, que en el caso bajo estudio la demandada no reconoció la prestación en el momento que correspondía y por ello se debe ordenar su pago.<sup>1</sup>

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la demandante no cumple los requisitos que exige la ley para tener la condición de beneficiaria de la pensión que reclama, pues no acreditó haber convivido con el causante dentro de los 5 años anteriores a la fecha de fallecimiento, que tampoco probó que existieran o subsistieran lazos afectivos, de solidaridad y ayuda entre los cónyuges y por ello no es procedente el reconocimiento de la prestación.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> "Señor juez, con el debido respeto estoy conforme con la decisión que acaba de tomar, pero en relación con los intereses sí apelé ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que en la medida que los intereses como lo ha dicho la misma sala de casación laboral de la Corte Suprema, los intereses que trata el artículo 141 dijo, "de modo que hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios, a partir del 22 de enero de 2015 puesto que como quedó visto, esto se genera de manera objetiva, por la ausencia del pago de la prestación, cuando haya lugar a ello y si bien la demandante con qué lugar el 21 de noviembre probó la convivencia con el causante y por tanto su calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes COLPENSIONES, sólo reconoció la prestación del 27 de junio de 2015 con inclusión de las mesadas pensionales, causadas hasta el 31 de agosto de 2015, es una reiterada la jurisprudencia de la corte lo ha sostenido múltiples decisiones de los intereses en causa cuando se niega, el reconocimiento de la función que fue lo que hizo la empresa de acueducto alcantarillado, en esa forma dejo mi apelación señor juez."

<sup>2</sup> "Gracias señor juez, teniendo en cuenta que se dicta sentencia en el presente proceso, por el despacho y conforme a los parámetros establecidos por la empresa de acueducto y alcantarillado, entidad al que represento, interpongo recurso de apelación contra la sentencia en los siguientes términos, le manifiesto señor juez que la entidad que yo represento respeta su decisión, no la comparto como le manifiesto, interpongo el recurso de apelación, con el fin de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, revoque la sentencia hoy expedida por su despacho, manifestándose claramente y conforme a la contestación de la demanda y a los alegatos presentados en el día de hoy, es claro que la norma como establece como usted bien lo manifiesta, que para tener una pensión o a la

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada presentó alegaciones y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión en cuanto reconoce la existencia del derecho y que además se ordene el pago de los intereses moratorios.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver se centra en determinar si la demandante acreditó la condición de beneficiaria de la pensión que reclama.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

---

*sustitución pensional, en este caso por la muerte del pensionado, debe haber tenerse un requisito claro de no menos de 5 años continuos con anterior a la muerte del pensionado fallecido, igualmente tampoco comparte la decisión, en el sentido de que esta pensión no se construyó durante toda la relación laboral y que inclusive fue posterior, que el pensionado adquirió la presentación en ese sentido la empresa por las entidades públicas, no pueden reconocer y pagar pensiones cuando no se reúnen estos requisitos claros, que establece la norma y claramente se puede establecer como lo manifiesto que no se cumplen los requisitos para tener derecho, a esta pensión esta sustitución pensional por parte de la demandante, como bien se estableció también en los testimonios y en el interrogatorio de parte, no se determinó tampoco que vuelve de manifiesto que la separación se han portado por circunstancias extraordinarias, como ya se manifestó igualmente el despacho de salud, trabajo, fuerza mayor o similares y estos dieron a que no se lo no se logra aprobar que subsistieran lazos afectivos o sentimentales de apoyo solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, como ya se determinó en las sentencias que fueron relacionadas en los alegatos de conclusión, por tal razón les solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, le reafirmo la solicitud de revocar la sentencia proferida por el despacho y en su lugar absolver a la empresa de Acueducto y Alcantarillado, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, gracias señor juez."*

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 0059 del 1° de abril de 1985 la demandada reconoció pensión de jubilación al causante a partir del 1° de enero de 1985, en cuantía inicial de \$105.947 (Cd. 1, Pdf. 1, fl. 7); **iv)** que la demandante y el causante contrajeron matrimonio el 7 de diciembre de 1963 (fl. 32); **v)** que el causante falleció el 2 de julio de 2018 (fl. 27); **vi)** que mediante Resoluciones N° 1196 del 18 de diciembre de 2018 y 0092 del 31 de enero de 2019, la demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la demandante (fls. 40 a 41 y 51 a 52).

#### - **De la Pensión de Sobrevivientes**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional, es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido, así lo ha indicado esa alta Corporación entre otras en sentencia de radicado 33.210 del 17 de octubre de 2008 y SL496 de 2018.

Precisado lo anterior, la existencia del derecho reclamado en este proceso lo regula el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma vigente en la fecha del fallecimiento del causante, la cual establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado siempre y cuando tengan 30 años de edad a la fecha del fallecimiento de éste, acrediten haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del fallecimiento.

Sobre este último aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tratándose de la cónyuge supérstite con el vínculo legalmente vigente, los cinco años de convivencia pueden acreditarse en cualquier tiempo y no necesariamente a la fecha del fallecimiento del causante. Al efecto, esa alta Corporación en la sentencia de radicado 24445 del 10 mayo de 2005, en providencia SL 3747-2018 manifestó:

*“Una comprensión distinta orientada por la aplicación fría y exegética del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que en el caso del cónyuge separado de hecho, por la sola existencia del lazo matrimonial, sin la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, permitiera el beneficio de la prestación periódica por muerte, dejaría vacía de contenido la protección de la familia que la ley verdaderamente quiere amparar. En esa medida aquel cónyuge a quien se le dispense el derecho a pesar de haber cesado la vida en común con el causante al momento del fallecimiento, además de la convivencia por un lapso no inferior a 5 años en cualquier tiempo, deberá demostrar que se hace acreedor a la protección, en cuanto efectivamente hace parte de la familia del pensionado o afiliado fallecido, y por esa razón su muerte le ha generado esa carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención”.*

Bajo los anteriores fundamentos legales y jurisprudenciales y una vez revisado el expediente, la Sala revocará la decisión de primera instancia que otorgó el derecho pensional a la demandante, pues aun ésta acreditó convivencia con el causante por más de 5 años en cualquier tiempo, no demostró ser parte de la familia del pensionado fallecido en los términos de la jurisprudencia citada.

Para llegar a la anterior conclusión, se advierte que está acreditado en el proceso que STELLA ORTIZ CHAUX y el causante contrajeron matrimonio el día 7 de diciembre de 1963 (fl. 32) y que dicho vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta el fallecimiento de GILBERTO DE JESUS NEIRA ESLAVA.

Sobre la convivencia, los testigos recepcionados, GLADYS MUNAR CHAUX (CD. 2 audio 1, min. 16:25) y JORGE FLOREZ ORTIZ (CD. 2 audio 1, min. 24:16) manifestaron la primera de ellas ser prima de la demandante y el segundo afirmó ser sobrino de la demandante. Fueron coincidentes en afirmar que la demandante se casó con el causante, que de dicha unión nacieron tres hijos, uno de los cuales falleció, que aproximadamente 15 años después de casados se separaron de hecho, pues no hicieron trámite de divorcio. Señalaron que con posterioridad a la separación la actora se reencontró con el causante, y se frecuentaban como amigos, que él tenía un local en el Centro Comercial Galerías y allí se veían con frecuencia, que no se enteraron del fallecimiento porque su hija Liliana, que era con la que tenían contacto, no les avisó.

De la prueba documental se deduce que el causante tuvo tres hijos con la demandante, DANIEL NEIRA ORTIZ, quien nació el 6 de mayo de 1965 (fl. 37), LUIS FERNANDO NEIRA OTRIZ, quien nació 3 de julio de 1968 (fl. 38) y LILIANA NEIRA ORTIZ, quien nació el 1° de septiembre de 1969 (fl. 39).

Ahora, al realizar una valoración conjunta de las pruebas referidas, lo único que puede concluir el Tribunal es que la demandante convivió con el causante desde el 7 de diciembre de 1963 por lo menos hasta el año 1978, es decir por más de 15 años, pues así lo afirmaron de manera coincidente los testigos, no obstante y aun cuando la sociedad conyugal mantuvo vigencia hasta el fallecimiento del causante, ninguna prueba del expediente da cuenta si quiera de manera sumaria, que el causante y la demandante hubieran mantenido una relación de ayuda y apoyo

mutuo, de la cual pueda entenderse que ésta continuaba formando parte del núcleo familiar establece del pensionado y se mantenía el vínculo de solidaridad espiritual y económica, que refiere la jurisprudencia citada.

Si bien de la pareja conformada por el causante y la demandante nacieron tres hijos, lo cierto es que tal como lo manifestó la demandante en la demanda y en el interrogatorio de parte (Cd. 2 audio 1, min. 07:53 y Cd. 3 min. 20:58), cuando el causante se marchó de la casa se llevó sus hijos y ella no tuvo contacto con ellos durante un buen tiempo porque la familia de GILBERTO DE JESUS no lo permitía, que actualmente con la única que tiene contacto es con su hija Liliana, quien averiguó la historia y se dio cuenta que no era su culpa la ausencia como madre, pero que su hijo LUIS FERNANDO nunca lo entendió. Sobre su relación con el causante refirió que tiempo después de la separación se reencontraron porque él tenía un local en el Centro Comercial Galerías y allí se empezaron a frecuentar y mantuvieron una relación de amigos en los últimos años. Señaló que no tuvo conocimiento del fallecimiento de GILBERTO DE JESUS porque la familia de él no le aviso.

De dicha declaración, podría entenderse en principio que no fue culpa de la demandante que la relación con el causante y sus hijos se hubiera tornado lejana, no obstante, nada distinto al dicho de la actora, obra en el expediente en ese sentido, pues los testigos nada refirieron de manera clara sobre el particular y las declaraciones extra proceso rendidas por HUGO ROJAS ROMERO (fl. 35) y FLORIBERTO MOLINA MOLINA (fl. 36), tampoco hacen referencia a este hecho.

A juicio de la Sala, el material probatorio que obra en el proceso no es suficiente para entender acreditado que entre el causante y la demandante se mantuviera la relación de ayuda y apoyo mutuo, pese a la separación, pues lo único que puede

deducirse con claridad, es que años después de que se separaran se reencontraron y se frecuentaban como amigos, no obstante, tampoco se puede verificar como era la relación de amistad en los últimos años porque las pruebas tampoco lo refieren.

Así las cosas, y dado que no es suficiente para obtener la condición de beneficiaria el solo hecho de haber convivido con el causante 5 años en cualquier tiempo, se revocará la sentencia de primera instancia que llegó a una conclusión diferente y en su lugar se absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

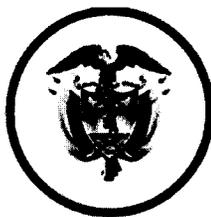
**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en ambas instancias.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**S03-0278-2021**

**Radicado N° 23 2020 00117 01**

Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**MARIA LUCIA DUQUE SAENZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que el 19 de octubre de 1966; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 8 de febrero de 1991 y el 1° de noviembre de 1994, y realizó cotizaciones a dicha entidad por 172.57 semanas; que el 12 de enero de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, y que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 2 de marzo de 2020 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen pensional y ésta fue resuelta de manera desfavorable.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad siu generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de estabilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (Cd. 1, carpeta 1, fls. 1 a 16).

**La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Cd. 1, carpeta 3, fls. 1 a 19).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante MARIA LUCIA DUQUE SAENZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARIA LUCIA DUQUE SAENZ, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la

*aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por ningún otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago. **TERCERO: DECLARAR** que la demandante MARIA LUCIA DUQUE SAENZ para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. **SEXTO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa al afiliado sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos

descuentos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado a la demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la demandante realizó de forma libre y voluntaria el traslado de régimen pensional, que además se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y nunca manifestó inconformidad alguna o la voluntad de regresar al RPM y por ello no es procedente la ineficacia declarada. Señala, que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i*) que la demandante nació el 19 de octubre de 1966 (fl. 25); *ii*) que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 8 de febrero de 1991 y el 1° de noviembre de 1994, por un total de 172.57 semanas (fl. 26); *iii*) que el 12 de enero de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCION S.A. (Cd. 1, carpeta 3, fl. 80); *iv*) que el 2 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS (fl. 56).

### - **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

La selección de régimen pensional, encuentra su fundamento jurídico en el literal *b*) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra para el afiliado el derecho a escoger libre y voluntariamente su régimen pensional; el cual es reiterado mas adelante por el art. 114 *ibídem*, al establecer los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de régimen pensional, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el momento a partir del cual las AFP asumieron tal obligación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró igualmente que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

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

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

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

**- CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA LUCIA DUQUE SAENZ se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de enero de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 min. audio, min. 7:58), pues al efecto solo manifestó que asesores de la AFP COLMENA realizaron reuniones en la empresa donde trabajaba y les insistieron que se trasladaran porque el ISS se iba acabar y podían perder la pensión, que el asesor le dijo, que las condiciones pensionales en los fondos privados, era más favorable y tenía más respaldo.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos

del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del

acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los

valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *Asesoración de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA DUQUE SAENZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2020 00117 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 24 2016 001472 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 2 de febrero de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de una relación laboral entre las partes y se condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**JOHANA KATERINE DIAZ VARGAS**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **FRANCISCO JAVIER ZULUAGA LOPEZ**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 4 de julio de 2010 y el 8 de agosto de 2016; pide que como consecuencia de lo anterior se condene al demandado al pago

de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión, riesgos laborales, indemnización por despido injusto, incapacidad por maternidad, afiliación y aportes a caja de compensación familiar, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que celebró un contrato de trabajo de manera verbal con el demandado, el cual estuvo vigente desde el 4 de julio de 2010 hasta el 8 de agosto de 2016; que se pactó el pago de un salario diario que no se especificó; que entre los años 2014 a 2016 recibía un salario diario de \$20.000; que prestaba los servicios de domingo a domingo de doce del día a diez de la noche en el establecimiento de comercio denominado el Pargo Paisa, propiedad del demandado; que en ocasiones los días viernes era obligada a trabajar hasta las doce de la noche; que no le cancelaban horas extras ni recargos; que en octubre de 2014 quedó embarazada, hecho que informó a su empleador de manera verbal; que durante la gestación no pudo asistir a los controles médicos porque su empleador no le concedía los permisos; que como su empleador no la afilió al sistema de seguridad social tuvo que afiliarse como beneficiaria de JHON FREDDY GOEZ, padre de su hijo mayor y con quien estuvo casada; que en marzo de 2015 tuvo problemas de salud que pusieron en peligro la vida del bebe por el constante acoso sexual y laboral por parte del demandado; que el 13 de julio de 2015, tuvo a su bebe y no contó con una licencia de maternidad remunerada; que el 27 de julio de 2016, su padre sufrió un accidente y debió ser hospitalizado pero su empleador no le otorgó permiso para atender la calamidad; que ante los constantes acosos de que fue víctima por parte de su empleador acudió a la oficina de derechos de la mujer de la Defensoría del Pueblo para poner en conocimiento estos hechos; que el 27 de julio de 2016, presentó renuncia motivada y su empleador se negó a recibirla; que el 8 de agosto de 2016, radicó denuncia por acoso sexual en contra de su empleador ante la Fiscalía General de la

Nación; que el 9 de agosto de 2016, el demandado le remitió una comunicación donde manifiesta que acepta la terminación del contrato por mutuo acuerdo. Finalmente señala que durante el término de la relación laboral no le fueron canceladas las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social correspondientes.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**FRANCISCO JAVIER ZULUAGA LOPEZ.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación (fls. 64 a 69).

Mediante escrito presentado en el juzgado el 12 de octubre de 2018, y por solicitud del juez, intervino en el proceso el Procurador 7° Judicial I para manifestarse sobre el escrito de desistimiento presentado por el demandado (fls. 86 a 89).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de febrero de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y condenó al demandado al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías a un fondo. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre Johana Katherine Díaz Vargas y el demandado Francisco Javier Zuluaga López existieron 2 contratos de trabajo, el primero desde el 4 de julio de 2010 al 31 de marzo de 2015 y el segundo desde el 10 de septiembre de 2015 al 26 de julio de 2016.  
**SEGUNDO: CONDENAR** al demandado señor Francisco Javier Zuluaga

López a pagar a favor de la señora Yohana Katherine Díaz Vargas las siguientes sumas de dinero, por el contrato con vigencia del 4 de julio de 2010 al 31 de marzo de 2015 debiendo ser indexadas al momento de su pago, la suma de \$2.855.136 por concepto de cesantía, la suma \$215.154 por concepto de intereses a la cesantía, la suma \$1.792.612 por concepto de prima de servicios, la suma de \$966.524 por concepto de vacaciones, la suma de \$13.874.400 por concepto de la sanción por no consignación de las cesantías establecida, en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, aclarar que esta condena no es objeto de indexación. **TERCERO: CONDENAR** al demandado señor Francisco Javier Zuluaga López a pagar a la señora Yohana Katherine Díaz Vargas, las siguientes sumas por el contrato vigente del 10 de septiembre de 2015 al 26 de julio de 2016; \$650.650 por concepto de cesantías; \$78.077 por concepto de intereses a la cesantía; \$650.650 por concepto de prima de servicios; \$322.278 por concepto de vacaciones; \$689.455 por concepto de indemnización por despido sin justa causa; \$3.699.941 por concepto de la sanción por no consignación de las cesantías a un Fondo; la suma diaria de \$22.981 a partir del 27 de julio del año 2016, hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones sociales, por concepto de indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo. **CUARTO: CONDENAR** al demandado a constituir a favor de la demandante, la reserva actuarial a título pensional a satisfacción de la entidad administradora que seleccione la demandante, por el periodo comprendido entre el 4 de julio de 2010 al 31 de marzo de 2015 y del 10 de septiembre de 2015 al 26 de julio de 2016, teniendo en cuenta, como ingreso base de cotización el salario mínimo legal vigente. **QUINTO: ABSOLVER** al demandado a las demás pretensiones, **SEXTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción, frente a las prestaciones a excepción de lo concerniente a las cesantías y aportes al sistema de Seguridad Social, conforme a lo motivado. **SÉPTIMO: CONDENAR** al demandado en costas y a favor de la demandante, para lo cual se estima las agencias en derecho en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por secretaria efectuarse la liquidación dentro de la oportunidad legal correspondiente.”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que las pruebas aportadas al proceso demuestran

que la demandante prestó servicios como cajera en el restaurante, propiedad del demandado, dijo además que el demandado aceptó la existencia de la relación laboral en la carta de aceptación de la renuncia y en declaración extra proceso rendida ante notaría. Frente a los extremos de la relación laboral indicó que ésta estuvo vigente desde el 4 de julio de 2016, fecha reconocida por el demandado y hasta el 26 de julio de 2016, fecha en que el demandado aceptó la renuncia de la demandante. No obstante, precisó que entre las partes se ejecutaron dos contratos de trabajo, pues en el año 2015 la demandante se ausentó del sitio de trabajo por 5 meses, como lo indicó en el interrogatorio de parte.

### III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto declara parcialmente probada la excepción de prescripción. Para sustentar el recurso aduce que el término prescriptivo debe contarse desde el momento en que nacen los derechos del trabajador, que en el caso bajo estudio los derechos de la actora estaban en controversia y por ello debe tenerse en cuenta que estos solo se hicieron exigibles desde la sentencia que declaró su existencia.<sup>1</sup>

Por su parte el apoderado de la parte demandada solicita en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo estudio no se da la continuada prestación

---

<sup>1</sup> "Gracias señoría creo que usted ha sido demasiado o así bastante clara en la contienda que acaba de proferir, no obstante yo sí presenté una inconformidad y por lo tanto presenté el recurso de apelación, de que trata el artículo 67 5767 perdón del código procesal de trabajo respecto a la apelación artículo 15 del decreto 806 dictado con los casos de emergencia sanitaria y es en cuanto, a que no comparto la apreciación del despacho, respecto a declarar probada parcialmente la prescripción de los derechos de la demandante, de acuerdo con el 488 la prescripción opera a partir del momento en que nacen los derechos del trabajador, dado que este derecho se encontraba en entredicho, se encontraba incierto y con la condena se está declarando su existencia, solamente a partir de la fecha de la condena, cobra vigencia o inicia a correrse el tiempo, para que opere la prescripción, solamente en ese sentido presenté yo me reparó su señoría muchas gracias."

personal del servicio y la subordinación, que la prueba testimonial que se escuchó en el proceso da cuenta que entre las partes existió una relación sentimental que no terminó en buenos términos, que de manera coherente y conteste señalaron que veían a la demandante algunos días en el restaurante porque no asistía todos los días, que si bien ella ocupaba la caja en ocasiones cuando iba, no tenía un horario ni recibía instrucciones u órdenes por parte del demandado, ni le pedían cuentas porque eran pareja. Agrega que las pruebas del expediente concluyen que lo que realmente existió fue una relación amorosa y que FRANCISCO JAVIER le brindaba ayuda a la demandante, que ésta no trajo ni un solo testigo que fundamentara su dicho o diera cuenta de que sus afirmaciones son ciertas, por el contrario existen inconsistencias en lo que manifestó y por ello, a su modo de ver, no puede declararse la existencia de un contrato de trabajo si se analizan en su totalidad las condiciones de la relación que realmente existió entre las partes.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> *“Señora juez con todo respeto me permito interponer recurso de apelación, contra la sentencia que usted acaba de proferir, con el objeto de que el Honorable Tribunal Superior de este distrito judicial, se sirva revocar en su integridad y en su defecto se sirva dictar sentencia, sustitutiva que contenga un tratamiento favorable a los derechos de mi defendido, es decir de que se absuelva a mi procurado, de todas y cada una de las prestaciones promovidas por la señora demandante, en este juicio la presente impugnación se fundamenta en los siguientes, razones fácticas y jurídicas considero que realmente, no está debidamente acreditado que entre las partes aquí enfrentadas en este proceso, que hubiese existido un contrato de trabajo, lo cual realmente ha señalado la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, que tanto el sector público o privado para que se sostenga, la existencia de un contrato de trabajo es menester que confluyan 2 elementos que son, la esencia de ese tipo contractual que son las prestación personal del servicio y la continuada dependencia y subordinación, entonces así las cosas tenemos que la ausencia de uno de estos elementos, en relación en las relaciones de trabajo, trae como consecuencia inexorable, que ella no puede evolucionar hacia la frontera jurídica del contrato laboral, con todas las consecuencias que ello implica, entonces realmente aquí estamos frente a un fenómeno en donde, realmente lo que se dio entre las partes aquí en contienda, fue una relación sentimental que no terminó bien y que la parte demandada, incluso perdón la parte demandante incluso en su demanda, alega de que ella fue accedida carnalmente, de modo abusivo por parte del empleador, eso lo hace el 3 de agosto pero sin embargo pretende, que el contrato de trabajo se ha extendido hasta el 08/08/2016 es decir, que no obstante que ella considera que colocó así la denuncia dice ella en la Fiscalía General de la Nación, denuncia proceso que inclusive aquí no se sabe cuál ha sido la resultada de este proceso, sin embargo ella considera que ella siguió laborando, del 3 de agosto hasta el 08/08/2016 a pesar de que ella afirma de que fue violada por su empleador, de todas maneras considero que realmente está desfasada la fulminación que hace la señora juez, en cuanto a que realmente se dio la existencia de un contrato de trabajo, entre las partes en la medida en que acepta el valor testimonial del testimonio rendido, por el señor Ramiro Diego Ávila Barreto y por el señor José Orlando Sánchez en el sentido, en que entre las partes en contienda se dio fue una relación sentimental, relación amorosa la cual usted señora juez dice esto no desdibuja el contrato de trabajo, pero es que las mismas partes la relación sentimental, que se toma de lo que realmente dijeron los testigos, estos testigos que acabo de mencionar fueron contestes,*

fueron responsables, fueron espontáneos, fueron coherentes y amplios en su explicación en el sentido en que la señora demandante, en ningún momento cumplió un horario, si el elemento de subordinación contractual me admite que usted se exprese a través de 3 potestades del empleador, como la directriz, reglamentaria, disciplinaria aquí hay una ausencia, brilla por su ausencia, estos elementos de disciplina miento, por parte o de Gobernación por parte del supuesto empleador a la supuesta empleada, ya que en ningún momento ni la empleada cumplía un horario de trabajo, ni la empleada rendía unas cuentas detalladas, de su trabajo, porque acá por ejemplo, tampoco estoy de acuerdo con que la señora jueza haya terminado que sintieron 2 relaciones de trabajo, porque realmente nunca existió una relación de trabajo, sino que lo que hubo fue una dejación por parte de la demandada, de que ya dejó de vivir en Bogotá, para irse a vivir en chaparral cuando existían llamadas constantes pidiéndole a su novio a su amante, el señor aquí demandado Francisco Javier Zuluaga López, para que le mandara dinero para una supuesta transfusiones de sangre, las cuales terminaron siendo como ya lo tiene el documento que tiene su despacho, no más que la prueba fehaciente de lo que había era un embarazo, que resultó aquí la señora demandante viniendo al negocio de mi representado con un bebé, por lo cual usted le negó la licencia de maternidad, entonces sí aquí realmente hay unas manifestaciones realmente engañosas, torticeras, de mala fe por la parte demandante que a toda costa quiere, que el demandado sea aquí condenado a una la declaración de una relación contractual laboral, cuando lo que realmente hubo fue una relación sentimental y amorosa, en donde en su interrogatorio de parte del señor demandado, fue explícito en que la propia demandante lo llevaba a su casa, lo presentó con su familia, el propio demandante acudía a colocarle giro, para ayudar a sus propios suegros, en ese momento testimonio que del de mi representado, que lo ratifica el señor Ramiro Diego Ávila Barreto que decía, de que nunca le pagaba un sueldo, sino que lo que hacía era darle unos apoyos económicos para sus obligaciones de arriendo, alimentación y ayuda a sus padres, entonces aquí vemos cómo realmente se dibuja la figura de que hubo una confesión, cuando realmente esta confesión fue revertida, fue contradicha por mi propio representado, que dice que realmente lo que hubo fue una intención de reconciliación y por eso, firma una carta de terminación del contrato, para reconciliarse con su novia, con la señora demandante pero realmente acá lo que siempre hubo fue, una asistencia al local comercial del representado, por parte de la señora demandante una asistencia que no era diaria, porque los propios testigos dijeron que no ella no venía todos los días a trabajar, además de eso ella se ausentó mucho tiempo en chaparral, para tener su bebé y entonces durante todo este interregno realmente no se puede considerar, de que haya una relación laboral sería, una relación laboral, consistente, coherente, realmente tenga un sentido realmente de responsabilidad por lo la parte demandante, ya que acá lo que es lo que se ve a simple vista y salta de bulto, es que aquí hubo una relación realmente emocional, sentimental, entre las 2 partes lo cual le daba el derecho, según la parte demandada demandante para llegar a la hora que quisiera al local comercial, de mi demandado manejar, la caja y entregar las cuentas que quisieran y laborar los días que quisiera, ausentarse los días que le que ella le provocase y simplemente pedirle ayuda a mi defendido, por tener esa asistencia por la parte la parte sentimental y emocional, por eso es que los testigos son coherentes, en decir de que acá lo que hubo fue una ayuda económica, para la sustentación de unas obligaciones básicas y esenciales, por parte de la parte demandante y realmente denota una mala fe por la parte demandante, que diga de que el demandado la violó y el 03/08/2016 pero ella pretende que el contrato se ha extendido hasta el 08/08/2016, es decir ella además de que dice que fue violada por el demandado, pero ella seguía trabajando lo cual desdibuja y realmente choca, contra cualquier medida la inteligencia y destruye cualquier regla de la experiencia, que indica que si una persona, una mujer ha sido violada, pues lógicamente no va a regresar al sitio donde fue violada, entonces realmente todas estas cantidad de mentiras y cantidad de argucias, por la parte demandante en donde trae es un documento por la que fue redirigido, insisto que fue tachado por mi propio procurado, en donde se menciona de que realmente lo que había, era una relación amorosa y no trae ningún testigo, para para probar esto sino que trae unos documentos realmente aquí la aplicación, del principio del contrato realidad que prevé el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, realmente hay que hacerlo es a favor del demandado, habida cuenta de que si se acepta que realmente según los dichos de los testigos, Ramiro Diego Ávila Barreto y José Orlando Sánchez y él los propios dichos del demandado y que realmente hubo una razón sentimental, esto no debe realmente tomarse como un hecho, que realmente sea un hecho superfluo, para él sino un hecho realmente de un gran contenido un contenido fundamental, que desdibuja cualquier relación laboral y además quiero hacer énfasis, en que mi mandante no deba ser condenado a ningún tipo de indemnización, ya que realmente el elemento vital, es su buena o mala fe que habría que tener en cuenta, si mi mandante nunca estaba

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se acreditó dentro del proceso la existencia de la relación laboral.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

---

*reconociendo que estaba bajo la existencia de una relación laboral, entonces si la persona está con la convicción como el que está demandado, aquí como supuesto empleador está convencido de que no ese no hay una relación laboral, realmente por más de que lo haya dicho, en un documento para intentar reconciliarse con su novia, realmente aquí se desdibuja la mala fe, que pretende la parte demandada hacer creer, de que realmente quiera que le debían unas prestaciones sociales y entonces por eso ella renuncia, ella es realmente aquí lo que ella busca beneficiarse económicamente y responder a una terminación de una relación sentimental, de la forma en que en que la terminó habida cuenta, de que hay unos hay unos hace documentos que realmente no se tuvieron en cuenta, por parte de sus primas, de que realmente acá lo que hay es un resentimiento por parte de la demandante, en donde no le gustó que mi mandante, le hubiese terminado la relación sentimental habida cuenta, de que mi mandante fue engañado teniendo una relación sentimental con ella, aparece con un bebé de otra persona, entonces así las cosas pido a través del Honorable Tribunal Superior de todo y se sirva tener en cuenta, todas y cada una de los testimonios aquí recogidos, en este proceso tanto los testimonios extraídos por mi parte, como de Ramiro Diego Ávila Barreto, José Hernando Sánchez, como todo lo vertido en el interrogatorio de parte, por mi procurado para que realmente se dé al traste, con toda esa cantidad de desafueros y versiones falsas, que trae la parte demandada, cuando habla de una supuesta de una supuesta acceso carnal abusivo un 03/08/2016, pero pretende que el contrato de trabajo se extienda al 8 de agosto del 2016 lo cual debe ser analizado con sumo cuidado y además analizar este Tribunal Superior, de que realmente un supuesto empleador, que tiene la plena convicción de que no está bajo un contrato de trabajo, su relación con su supuesta empleada, sino que hay una relación sentimental no debe ser condenado a ninguna tipo de indemnización, ya que realmente su mala fe no brota no brota de ninguna actuación que tenga en relación con la parte demandante, perdón dejó así rendir un precursor de apelación señora juez gracias."*

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados en favor del demandado.

## VII. CONSIDERACIONES

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define 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”*. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal

(hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales y una vez analizadas en conjunto las pruebas aportadas al expediente, la Sala concluye que en el caso bajo estudio, no se acreditó la existencia de una relación laboral entre las partes y por ello se revocará la decisión de primera instancia que llegó a una conclusión diferente.

En efecto, si bien a folios 16 y 17 del expediente, obra una carta dirigida por el demandado a la demandante, de la cual podría entenderse una confesión respecto de la existencia de la relación laboral, en cuanto señala: *“Le recuerdo que así las cosas nuestro contrato de trabajo verbal queda finalizado por el MODO “TERMINACION POR MUTUO COPNSENTIMIENTO” (sic), lo cual le da derecho a recibir dentro del plazo legal su liquidación definitiva se sus derechos laborales del último año de servicios (...)*”, lo cierto es que tal documento no puede evaluarse como una prueba separada sino que debe valorarse en conjunto con las demás pruebas que fueron aportadas. Lo mismo ocurre, con la declaración extra proceso rendida por el demandado y que obra a folio 21, donde éste afirma que: *“Dicha señora la conocí el 4 de julio de 2010, tiempo que llego a mi establecimiento Restaurante y Pescadería EL PARGO PAISA, a solicitarme empleo, estando en estado de lactancia, ya que desde*

*dicho momento el señor JOHN FREDY GOES SEPULVEDA, abandonó a su esposa. En vista de ver esta situación, comedidamente la recibí en mi establecimiento comercial para emplearla en servicios varios. Viendo las dificultades de dicha señora, que ha tenido con su hijo, siempre he tratado hasta la fecha de hoy 19 de mayo de 2016 de colaborarle en todo lo posible, ya que este sujeto en ningún momento desde su lactancia le ha colaborado de ninguna forma, ni siquiera con unos pañales ni leche para su bebe. Viendo las dificultades de YOHANA KATERINE DIAZ VARGAS, durante todo este tiempo, he tratado en un ochenta por ciento (80%) de colaborarle, prestándole dinero para el pago de arriendo y para las necesidades de ella y su hijo, porque el señor JOHN FREDY, en ningún momento ha sido la persona de sus afectos para ella (...)"*

En punto a la existencia de la relación laboral, que podría deducirse del escrito referido, no puede desconocerse que RAMIRO AVILA BARRETO (CD. 4 min. 11:47) refirió que asistía al restaurante el PARGO PAISA 2 o 3 veces por semana generalmente cerca de la hora del almuerzo, porque el demandado tenía una pequeña oficina de publicidad dentro del restaurante y él trabajaba allí. Señaló que inició a ver a la demandante aproximadamente desde el año 2010, que no siempre cuando iba veía a la demandante en el restaurante, que cuando estaba en el restaurante en ocasiones la veía llegar a las 4 de la tarde, otras veces a las 2 de la tarde, pero no tenía una hora fija porque no cumplía horario, pues ella tenía una relación amorosa con FRANCISCO JAVIER, dice que le consta tal hecho porque en ocasiones presenciaba las manifestaciones de cariño entre ellos. Refirió además que cuando iba al restaurante y JOHANA KATERINE estaba ahí, ella manejaba la caja, que nunca vio que le pagaran suma de dinero alguna por concepto de salario pero que en un par de ocasiones acompañó al demandado a hacerle giros por servientrega o paga todo, porque FRANCISCO JAVIER ayudaba económicamente a la demandante por la precaria situación en que se encontraba; que en el año 2015, ella se fue por un tiempo

porque no la volvió a ver y el demandado le comentó que ella se había ido a su pueblo porque estaba delicada de salud y necesitaba una transfusión de sangre, y por ello le hacía los giros de dinero que él le acompañó a hacer en dos ocasiones, que cuando la demandante regresó tenía un bebe que acababa de tener. Preciso que lo que él veía mientras iba al restaurante, era que la demandante y el demandado tenían una relación de novios, pues el trato no correspondía a empleado – jefe.

JOSE ORLANDO SANCHEZ (CD. 4 min. 47:53), señaló que es amigo del demandado y frecuentaba el restaurante el PARGO PAISA casi a diario porque su oficina estaba ubicada en el mismo edificio, que almorzaba allí casi todos los días, bajaba a tomar café y charlar con don FRANCISCO JAVIER y en ocasiones se quedaba tomándose unos tragos en las noches. Manifestó que comenzó a ver a la demandante desde el año 2010, que la actora no siempre estaba en el restaurante, que cuando estaba, ella manejaba la caja o se la pasaba departiendo con FRANCISCO JAVIER, que los veía cogidos de la mano o haciendo manifestaciones de cariño, y que salían juntos. Dijo que la caja del restaurante normalmente la manejaban empleados de confianza del restaurante y la demandante en ocasiones cuando iba porque era una persona de confianza del demandado por ser su pareja, que sabía que en el restaurante se manejaban dos turnos, uno de seis de la mañana a dos de la tarde y otro de dos de la tarde a diez de la noche, pero que a la demandante no siempre la veía y ella no cumplía horario, que nunca se dio cuenta si le pagaban un sueldo, pero si sabe que en diversas ocasiones el demandado le daba dinero para ayudarla porque no estaba pasando por una buena situación. Refirió que nunca vio embarazada a la demandante, que en el año 2015 ella se fue porque le dijo al demandado que estaba delicada de salud y debía realizarse una transfusión de sangre, pero que al tiempo cuando regresó tenía un bebe recién nacido.

Por su parte la demandante en la diligencia de interrogatorio de parte (CD. 4 hora 01:52:48), señaló que si tuvo una relación sentimental con el demandado pero que ésta no fue consentida, sino que accedió a ella porque de lo contrario FRANCISCO JAVIER la dejaba sin trabajo o procedía a cobrarle la totalidad del dinero que le prestaba, pues en ocasiones cuando ella necesitaba él le prestaba dinero. Afirmó que ella inició a trabajar en el 2010, como mesera en el restaurante el Balmoral hasta finales del año 2011, y que después había sido cajera en el PARGO PAISA, dijo que en dicho restaurante habían dos turnos y que habían cuatro cajeras, una por turno para cada restaurante. Señaló que cuando ella en ocasiones viajaba a su tierra Chaparral Tolima por unos días, que el demandado le prestaba dinero y luego se lo descontaba del salario, el cual le pagaban de manera diaria, que en el año 2015 se ausentó por 5 meses porque se encontraba en estado de embarazo y el demandado no le iba pagar la incapacidad y no le daba permiso para asistir a controles prenatales, que cuando regresó en septiembre de 2015 continuó trabajando hasta el 27 de julio de 2016, cuando ella dejó de ir porque no le dieron permiso para atender a su padre, quien se encontraba delicado de salud por un accidente.

Ahora bien, al realizar la valoración conjunta de las pruebas referidas, no puede deducir la Sala la existencia de una continuada prestación de servicios personales de la demandante como cajera en el restaurante EL PARGO PAISA, establecimiento de comercio propiedad del demandado (fl. 22). Como se dijo en precedencia, a juicio de la Sala, la sola manifestación realizada por el demandado en el documento de folios 16 y 17, no es prueba absoluta de la prestación personal del servicio o de la existencia de la relación laboral, menos aun cuando los testigos referidos señalaron de manera clara, coherente y conteste, que la demandante no siempre era vista en el restaurante el PARGO PAISA, que en ocasiones cuando iban la veían y otras veces no, que no cumplía horario porque se presentaba a diferentes horas, y si bien manifestaron que

cuando iba la veían en la caja, también señalaron que cuando ella estaba ahí, la veían departiendo con el demandado y en un escenario más personal porque eran pareja.

Aunado a lo anterior, no puede pasar por alto la Sala que la misma demandante, refirió que en el año 2010 ingresó a laborar como mesera en el restaurante el Balmoral y que había trabajado en ese lugar aproximadamente hasta finales del año 2011, hecho que resulta contradictorio con lo afirmado por ella en el escrito de demanda, donde señala que desde el año 2010 se desempeñaba como cajera en el restaurante el PARGO PAISA. Cabe resaltar, que dentro del expediente no existe prueba que el demandado sea propietario del restaurante el Balmoral.

En este orden de ideas, de lo hasta aquí referido no puede deducirse la prestación personal del servicio, pues además del documento referido no existen más pruebas que indiquen de manera cierta que la demandante se hubiere desempeñado como cajera en el restaurante el PARGO PAISA, y menos aún que este hecho se hubiere dado dentro de los extremos definidos por la juez de primera instancia. Si bien, a folio 21 del expediente obra declaración extra proceso donde el demandado indica que recibió a la demandante para emplearla en su establecimiento comercial en servicios varios, dicho documento al igual que la carta de aceptación de renuncia no son prueba suficiente de la prestación del servicio, pues los testigos referidos señalaron que la asistencia de la demandante al restaurante no era de todos los días sino de manera irregular; y la demandante fue contradictoria en su dicho y en lo manifestado en el escrito de demanda, donde por un lado en diligencia de interrogatorio de parte acepta que tuvo una relación sentimental con el demandado y por otro, afirma que no había una relación sino una conducta de acoso, incluso sexual por parte del demandado; además precisó que al inicio, por lo menos entre los años 2010 y 2011 se había desempeñado como mesera en otro

restaurante, cuando en la demanda fue clara en señalar que prestaba servicios como cajera desde el año 2010 en el restaurante propiedad del demandado.

Para la Sala, las pruebas mencionadas en su conjunto no llevan a demostrar la existencia de la prestación personal del servicio, pues sobre el particular solo obra la manifestación de la misma demandante y los documentos señalados.

Ahora, en gracia de discusión, y si pudiera entenderse acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante, y por tal razón se aplicara la presunción legal prevista en el artículo 24 del CST, lo cierto es que a juicio de la Sala la declaración de los testigos ya referidos, desvirtúan la existencia de este elemento, pues fueron muy claros en indicar que la relación de la demandante con el demandado no era la de empleado – jefe, que ésta no cumplía horario porque cuando iba lo hacía a horas distintas y no siempre estaba manejando la caja del restaurante porque también departía con el demandado en el restaurante y había una cajera para cada turno que podía cumplir dicha labor.

Finalmente, resulta pertinente agregar que conforme las reglas de la sana crítica, en especial las de la experiencia, para la Sala merece gran atención las contradicciones en que incurrió la demandante, pues en el escrito inicial sostuvo que era víctima de acoso por parte del demandado y en la diligencia de interrogatorio de parte aceptó que tenía un relación sentimental con FRANCISCO JAVIER y que éste constantemente le prestaba dinero para solventar sus necesidades y las de su hijo, versión que además resulta coincidente con la declaración extraproceso rendida por el demandante (fl. 21) donde manifiesta que le ayuda o colabora a la demandante prestándole el 80% de lo que necesita para sus gastos y los de su hijo y que también coincide con lo manifestado por los testigos, cuando indicaron que el demandado le daba dinero a la demandante como ayuda, hechos que resultan indicativos de que la

relación que existía entre las partes más que laboral era personal y afectiva, más aun cuando ninguna prueba adicional a los documentos tantos veces referidos, fue aportada para demostrar o reafirmar los fundamentos fácticos que planteó la demandante.

Por todo lo anteriormente planteado, concluye la Sala que dentro del expediente no se probó de manera clara, concordante y suficiente que entre las partes hubiera existido un contrato de trabajo, ni muchos menos que éste se hubiera dado en las condiciones y extremos que señaló la demandante y definió la juez de primera instancia. Por ello se revocará la decisión de primera instancia, como se anunció, y se absolverá al demandado de las pretensiones incoadas en su contra.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en ambas instancias.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0279-2021**

**Radicado N° 24 2019 00444 01**

Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 6 de julio de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**ROSALBA BAEZ ROBAYO**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la

nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 16 de octubre de 1967; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 11 de febrero de 1988 y enero de 2005, y cotizó a dicha entidad un total de 564.56 semanas; que aparecía como afiliada a la AFP COLFONDOS desde el año 1996 pero en comité de multiafiliación realizado el 4 de noviembre de 2004 se definió que se encontraba válidamente afiliada al ISS; que el 12 de enero de 2005, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 26 de septiembre de 2013, se trasladó a la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 27 de junio de 2019 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de buena fe, compensación y pago (fls. 87 a 109).

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad de

la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *siu generis* de las entidades de la seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos e inexistencia del derecho reclamado (fls. 124 a 137).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 155 a 175).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por ROSALBA BAEZ ROBAYO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES, a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A., y efectuar los ajustes en la

*historia pensional de la actora. **CUARTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, y a favor de la demandante la suma de \$1.000.000. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **SEXTO:** Remitir copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelada a sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no se acreditó dentro del proceso que se hubieran ejercido actos que atenten contra el derecho de libre afiliación de la actora, que ésta nunca manifestó su inconformidad por estar en el RAIS y por el contrario convalidó su afiliación durante más de 15 años. Señaló que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para regresar al RPM y que no le es aplicable la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto esta solo es aplicable a personas beneficiarias del régimen de transición. Sobre la devolución de los gastos de

administración, refirió que los descuentos por este concepto se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y no forman parte del capital que financia las pensiones, que a este dinero se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe.

El apoderado de **COLPENSIONES** pide en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente el traslado ordenado en cuanto la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición señalada en la ley para regresar al RPM. Dice además, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no es aplicable al caso bajo estudio. Agrega que para el momento del traslado no era obligación de las AFP documentar el tipo de información que se le brindaba a los afiliados y por ello no resulta procedente realizar esta exigencia a las AFP; que al efecto debe tenerse en cuenta el formulario de afiliación suscrito, documento que tiene plena validez sobre el acto voluntario de la demandante.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 16 de octubre de 1967 (fl. 18); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 11 de febrero de 1988 y enero de 2005 (Cd. 1); **iii)** que el 12 de enero de 2005, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS (fl. 203 vto.); **iv)** que el 26 de septiembre de 2013, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 194); **v)** que el 27 de junio de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado efectuado al RAIS (fl. 52).

### - **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del

artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra su escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró igualmente que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definatorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(...)

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

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

#### - **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ROSALBA BAEZ ROBAYO se trasladó a la AFP COLFONDOS el 12 de enero de 2005, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 5, min. 21:47), pues al efecto solo manifestó que en el año 2005, para el momento del traslado laboraba con COLFONDOS como asistente de cuentas, que al vincularse a COLFONDOS le entregaron con el formato de hoja de vida un formulario de afiliación en pensiones a dicha entidad y

debía suscribirlo. Señaló que no le dieron ningún tipo de información al momento de suscribir el formulario.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de COLFONDOS (Cd. 5 min. 12:57) y PORVENIR (Cd. 5 min. 18:47) en diligencia de interrogatorio de parte, pues no manifestaron nada relevante sobre el particular, en cuanto no les consta de manera directa lo ocurrido en el momento del traslado de régimen de la actora.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las

sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser

indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y

asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *relación de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ROSALBA BAEZ ROBAYO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00444 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 29 2019 00104 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PROTECCIÓN y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 9 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**STELLA TORRES VERA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 23 agosto de 1964, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 13 de agosto de 1990 y el 30 de noviembre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 219.29 semanas; que el 18 de octubre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION; que el 31 de agosto de 1997, se trasladó a COLFONDOS; que el 28 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP PROTECCION; que el 10 de octubre de 2000, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL; y finalmente, el 29 de abril de 2004 se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 13 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 44 a 48).

**La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso 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, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 101 a 117).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 122 a 133).

**SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no

participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra 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 y buena fe (fls. 182 a 191).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del acto del traslado de la señora STELLA TORRES VERA, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías AFP COLMENA HOY PROTECCION, el día 18 de octubre de 1994, con fecha de efectividad del 01 de noviembre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior del acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCIÓN S.A. devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora STELLA TORRES VERA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los periodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

**TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., que proceda trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por STELLA TORRES VERA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional, y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquiera otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de STELLA TORRES VERA al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historial laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

**QUINTO: ABSUELVE** de lo demás. **SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de propuesta por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa. **SÉPTIMO: CONCEDER** El Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L., en caso de ser apelada.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de SKANDIA presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia en lo que concierne a su representada.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 23 de agosto de 1964 (fl. 2); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 13 de agosto de 1990 y el 30 de noviembre de 1994, por un total de 219,29 semanas (fl. 3); **iii)** que el 18 de octubre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCION (fl. 65); **iv)** que el 31 de agosto de 1997, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 67); **v)** que el 28 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN (fl. 66); **vi)** que el 18 de octubre de 2000, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 67); **vii)** que el 29 de abril de 2004, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN (fl. 67); **viii)** que el 13 de diciembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 12).

### **- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art.

114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre esta exigencia, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(...)

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

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una

ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

**- CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora STELLA TORRES VERA se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 18 de octubre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 8, min. 23:10), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de COLMENA, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que

la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP OLD MUTUAL y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. Como la decisión de primera instancia nada refiere al efecto, se adicionará la sentencia en este sentido.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada para disponer que las AFP OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**QUINTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: STELLA TORRES VERA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2019 00104 01

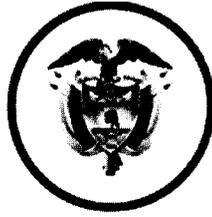
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**S03-0282-2021**

**Radicado N° 33 2019 00025 01**

Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**MARIA TERESA CORTES BALLEEN**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 8 de diciembre de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de julio de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 178.57 semanas; que el 16 de junio de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 27 de julio de 2018 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, prescripción, prescripción de la acción y enriquecimiento sin causa (fls. 44 a 54).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha

entidad, frente los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la obligación, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia del algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 75 a 82).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada por MARIA TERESA CORTES BALLEEN el 16 de junio de 1999 con efectos a partir del 1° de julio de 1999 a PORVENIR S.A. **SEGUNDO: DECLARAR** que MARIA TERESA CORTES BALLEEN actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de MARIA TERESA CORTES BALLEEN a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MARIA TERESA CORTES BALLEEN, al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de

*inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*  
**SEXTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada **PORVENIR**.  
*Se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no se acreditó dentro del proceso que se hubieran ejercido actos que atenten contra el derecho de libre afiliación de la actora, que ésta nunca manifestó su inconformidad por estar en el RAIS y por el contrario convalidó su afiliación durante más de 15 años. Señaló que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal para regresar al RPM y que no le es aplicable la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues ésta no es de aplicación automática y debe analizarse de manera específica el caso de la actora para concluir que no tiene derecho a la ineficacia que reclama. Sobre la devolución de los gastos de administración, refirió que los descuentos por este concepto se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y no forman parte del capital que financia las pensiones, que a este dinero se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe.

El apoderado de **COLPENSIONES** pide en el recurso que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la decisión adoptada puede generar un detrimento patrimonial a la entidad en el momento que deba asumir el pago de las prestaciones en cuantía superior a la que puedan financiar con el valor de la cuenta de ahorro individual. Agrega que la carga probatoria impuesta a la AFP es desproporcionada en cuanto es la parte demandante, quien debería acreditar que no recibió la información necesaria al momento de realizar el traslado de régimen pensional.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la demandante nació el 8 de diciembre de 1961 (fl. 14); *ii)* que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de enero de 1996 y 31 de julio de 1999, por un total de 178.57 semanas (fl. 25); *iii)* que el 16 de junio de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 83); *iv)* que el 26 de julio de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado efectuado al RAIS y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 20 a 23).

### - **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(…)

<b><i>Etapa acumulativa</i></b>	<b><i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i></b>	<b><i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i></b>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a</i>

	<i>artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA TERESA CORTES BALLEEN se trasladó a la AFP PORVENIR el 16 de junio de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, min. 21:57), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado trabajaba en la prisionería, que allí iniciaron a hacerse varias reuniones de funcionarios donde les daban a conocer que los fondos privados tenían muchos beneficios, como pensionarse con altas cuantías y a menor edad, que en una de esas reuniones le entregaron el formulario y lo suscribió, que no les dieron mayor información y firmó confiada porque ya varias jueces y magistrados se habían cambiado y eso le dio confianza.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede

deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas

deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**CUARTO:** Sin costas en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *Adelaciones de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MARÍA TERESA CORTES BALLEEN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00025 01

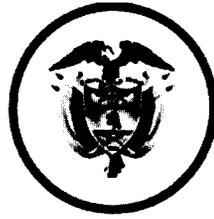
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 38 2019 00525 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Juzgado Segundo (2°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**DORA DUARTE PRADA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 16 de noviembre de 1957; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de septiembre de 1980 y el 30 de abril de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 93.86 semanas; que el 31 de marzo de 1997, se trasladó al RAIS administrado COLFONDOS; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 10 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (fls. 181 a 189, Pdf. 1).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, buena fe, compensación, pago e incompatibilidad entre la indexación y los intereses moratorios reclamados (fls. 207 a 223, Pdf. 1).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá

D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA del acto de traslado de la señora DORA DUARTE PRADA, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., el día 1 de mayo de 1997, y consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten. **SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora DORA DUARTE PRADA, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. **TERCERO: ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual COLFONDOS S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por DORA DUARTE PRADA y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de DORA DUARTE PRADA al régimen de prima media con

*prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial. **QUINTO: ABSUELVE** de lo demás. **SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. **SÉPTIMO: CONCEDER** el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S. **OCTAVO:** Costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de esta sentencia.”*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

### **III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente disponer la ineficacia de traslado solicitada. El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

### **IV. GRADO JURISDCCIONAL DE CONSULTA**

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demanda COLPENSIONES, se remitió para que surta

grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, conforme al artículo 69 del CPT y la SS.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 16 de noviembre de 1957 (fl. 31, Pdf. 1); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de septiembre de 1980 y el 30 de abril de 1997, por un total de 93.86 semanas (carpeta expediente administrativo); **iii)** que el 31 de marzo de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS (Pdf. 13, fl. 2); **iv)** que el 10 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 33, Pdf. 1).

### **- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la

escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.”*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema

General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

“(...)

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

(...)”

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos,

convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora DORA DUARTE PRADA se trasladó a la AFP COLFONDOS el 31 de marzo de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 2, min. 9:06), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Clínica Santa Fe, que los reunieron en un salón y les hicieron una reunión con asesores de COLFONDOS, la cual duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del

deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad

del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**CUARTO:** Sin costas en este grado de jurisdicción.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: DORA DUARTE PRADA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2019 00525 01

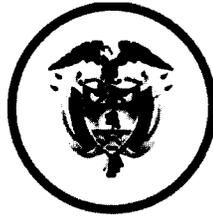
MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  

---

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 39 2019 00331 01**

Bogotá D.C. treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LILIA AVILA DE PACHON**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **MAURICIO RICARDO MOLINA NIETO**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente entre el 13 de mayo de 2014 y el 2 de enero de 2018; que como consecuencia de lo anterior se condene al demandado al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, cotizaciones al sistema de

seguridad social en salud y pensión, riesgos laborales, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que MAURICIO RICARDO MOLINA NIETO es hijo de la señora ALBA RUTH NIETO DE MOLINA, quien tiene 81 años de edad; que el 13 de mayo de 2014, realizó un acuerdo verbal con el demandado para desempeñar el oficio de cuidar a su madre; que pactaron como salario la suma mensual de \$1.000.000; que debía laborar de lunes a sábado de 7 de la mañana a 3 de la tarde. Señaló que el día 2 de diciembre de 2017 le realizaron una cirugía de vesícula y por ello le dieron una incapacidad de 30 días, que al finalizar la incapacidad se presentó a trabajar pero el demandado dio por terminada la relación sin justa causa alguna; que durante el término de la relación no le pagaron prestaciones sociales, vacaciones, ni fue afiliada al sistema de seguridad social; que citó a su empleador para diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo y éste no compareció.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**MAURICIO RICARDO MOLINA NIETO.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, pago de lo no debido, enriquecimiento sin causa, inexistencia de la obligación (fls. 55 a 61).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de enero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones invocadas por la señora LILIA AVILA DE PACHON en contra del señor MAURICIO RICARDO MOLINA, como ya se explicó, y en consecuencia declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación. **SEGUNDO:** No se condena en costas a la parte demandante, en razón a que la actora se encuentra representada en amparo de pobreza. **TERCERO: CONSULTESE** esta decisión con el superior, por resultar adversa a la demandante”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Para resolverlo indicó que de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso, la demandante no logró demostrar la prestación de un servicio personal en favor del demandado, que si bien podría deducirse que la demandante prestó servicios en favor de la madre del demandado, no obstante no hay pruebas que acrediten que la contratación se hubiera realizado por parte del demandado, o que éste ejercía algún tipo de subordinación sobre la actora o siquiera que fuera quien cancelaba el valor del salario.

### III. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que las pruebas del expediente acreditan la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Señaló, que aun cuando la juez de primera instancia señala que la madre del demandado tenía dependencia y capacidad económica para solventar algunos de sus gastos, lo cierto es que dicha independencia no era total porque el demandado debía ayudarle con algunos gastos. Refirió, que según afirmaciones realizadas por la testigo MARYNELA ORTIZ, la señora Alba Ruth Nieto, era capaz de tomar decisiones, pero su hijo debía colaborarle en algunas cosas, en las cuales ella ya no tenía capacidad, que era

el demandado el que pagaba los salarios de la demandante, independientemente de que estos pagos se realizaran en efectivo o a través de consignaciones por Efecty, como lo acreditan los documentos aportados al expediente, que aun cuando el servicio se hubiera prestado en favor de la madre del demandado y se hubiere demandado directamente a esta persona, sería él el llamado a realizar el pago de las acreencias de la demandante por ser heredero.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *“Muchas gracias señoría sí presentó el recurso de apelación en contra de la decisión aquí tomada por su señoría, me remito a sustentarla conforme al análisis que se hace por su señoría, no se den cuenta que el exactamente había indicado a mis alegatos se probó, que se había prestado servicio es decir previo a esto, se encuentra demostrado los 3 elementos del contrato de trabajo, esto como es una prestación personal de servicio, como es un salario y como es una subordinación, todos las pruebas que dan cuenta de ello, se debaten sobre el tema de la prestación del servicio, con la señora madre del demandado, que aunque como su señoría indico tenía independencia económica, no tenía una independencia total por así decirlo y teniendo en cuenta que siempre era necesario, acudiera a cualquier a cualquier decisión el señor demandado, esta es la que se indica que aunque fuera de oídas son personas que se encontraban presenciales dentro de un recinto, dentro de una institución como lo es nuestra testigo Marilyn quien indica que para poder digamos establecer la contratación de la señora Ávila de pachón, fue necesario la comunicación con el demandado para acordar algunas situaciones como se debería prestar ese servicio, aunque no se indica textualmente cuál fue el acuerdo, por obvias razones se infiere que la decisión era prestar el servicio a favor de la señora Ana Alvarado Nieto de Molina, que efectivamente era capaz para tomar todas sus decisiones sí, pero como nuevamente indicó no era capaz de realizar todas ellas todas las decisiones que ella le tomaran no era que, no las podía efectuar o totalmente por eso digamos que en principio se indicó de que éste se las consignaciones que se realizaba también eran respecto algunos salarios y que allí transfería era que tampoco digamos dentro de las consignaciones se pueden observar que hay unas de \$160,000 en julio, en agosto del 2016 \$160,000 consiguamos que el promedio de las consignaciones oscilaban entre 380,000 a \$ 500,000 dentro de las varias consignaciones, que se hacían al mes algunas otras digamos de menor valor, porque así lo indicó la señora en la señora Ávila que probablemente, es por las circunstancias de la audiencia no lo haya recordado indicarlo, pero al momento de la presentación de la demanda así al presente habla digamos que también aunque todo señala, que la señora progenitora del demandado, también lo es cierto que solamente es decir que era necesaria la existencia del demandado, para que pagaran los salarios es decir si hubiera existido alguna otra persona, diferente a que hubiera asistido a esta señora la progenitora del demandado no podía esperar que efectivamente todas las decisiones concurrían única y exclusivamente con esta señora, con la progenitora del demandado porque cualquier persona podía, haberla llevado hasta el lugar del Banco para retirar el dinero, pero esto no era así y también es una obligación como indicador de su señoría una obligación, por parte de la familia por parte de esta persona que debe alimentos y también es esa obligación, como hijo de estar pendiente de sus progenitores, inclusive digamos que aunque no se dio la situación, porque pues en primera medida este abogado desconocía que venían a pensión y que obviamente todo esto se hubiera aclarado, en la medida de que el demandado hubiera acudido al Ministerio de Trabajo, hubiera acudido a la Defensoría del Pueblo a los llamados que se le indicó para aclarar toda esta situación, pero qué el para el momento digamos de realizar todas estas todas estas diligencias, se pudiera observar que el demandado también tenía digamos injerencia, también como en el pago de algunos de esos giros que se realizaban a uno si fuera para algunas obligaciones como eran los alimentos de la señora madre y por eso digamos, que el caso es que se hubiera demandado la señora madre y en caso de su fallecimiento, pues quién era la persona que debe a no sé cómo heredero determinado pagar las obligaciones laborales, de la aquí demandante puede ser acá el señor demandado, como indicó no se había avizorado anteriormente, por esa oportunidad de no haber asistido personalmente cierto, por eso considero que frente a todo lo que se ha*

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes no presentaron alegaciones en esta instancia.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados en favor del demandado.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define 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*". Más adelante el artículo 23 del

---

*hablado frente a todas las pruebas que se han presentado, el demandado si tiene su obligación frente a la parte demandada, con el fin de satisfacer los derechos laborales, que pretende aquí prohijada y por esa razón consideró que señores magistrados, se debe revocar la sentencia en su integridad, con el fin de establecer obviamente todas las obligaciones que tiene aquí el demandado con mi prohijada, frente al derecho laboral que aquí se pretende, dejo así presentado mis alegatos de conclusión perdón mi recurso de apelación para ante el Tribunal Superior de Bogotá, muchas gracias."*

mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las

pretensiones de la demanda al advertir que revisado el material probatorio allegado al expediente se concluye que la demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor del demandado MAURICIO RICARDO MOLINA NIETO, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión advierte la Sala que de la prueba documental aportada nada útil se obtiene, pues de las reclamaciones remitidas por la demandante al demandado, la copia de la historia clínica de la demandante, la constancia de no comparecencia de MAURICIO RICARDO MOLINA a la diligencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo y de la relación de los giros realizados por el demandado a la demandante mediante giros postales (fls. 11 a 27), nada se deduce sobre la prestación del servicio de LILIA AVILA DE PACHON a MAURICIO RICARDO MOLINA NIETO, dichos documentos nada indican sobre este hecho, ni siquiera, puede deducirse que los giros realizados a favor de la actora, constituyeran el pago de su salario, pues los montos mensuales de éstos, son ostensiblemente inferiores al valor del salario mensual que la demandante aduce le reconocía el demandando de manera mensual y además, en ocasiones transcurrían meses sin que se realizaran envíos, por lo que no es posible establecer de ese solo documento que los valores girados correspondieran al pago del salario.

Frente al interrogatorio de parte rendido por el demandado (CD. 1 min. 21:18), tampoco se extrae nada relevante, pues al efecto solo manifestó que su mamá ALBA RUTH NIETO DE MOLINA vivía en una Fundación de adultos mayores llamada Fundama, que conoció a la demandante porque su mamá la contrato para que le ayudara con los oficios de su lugar de habitación y con los cuidados personales que ella pudiera requerir, dijo además que su mamá recibía una pensión que le pagaba el FOPEP y que demás él le ayudaba con algunas sumas de dinero para sus gastos. Señaló que

cuando LILIA AVILA inició a trabajar para su mamá él le enviaba dinero a esta persona a través de un giro para ayudar a cubrir gastos de su mamá, como mercado u otras cosas que pudiera necesitar.

Frente al testimonio rendido por MARYNELA ORTIZ (CD. 1 min. 55:12), quien dijo trabajar como enfermera en Fundama, señaló que conocía a la demandante porque ella en ocasiones era contratada para cuidar personas de la tercera edad que se encontraban en la Fundación, que en una ocasión la señora ALBA RUTH NIETO DE MOLINA le comentó que la persona que la cuidaba se iría y requería alguien que le ayudara con sus cuidados y la asistiera en lo que ella pudiera necesitar, que por ello de la Fundación se comunicaron con LILIA AVILA para que hablara con ALBA RUTH y ellas hablaron y definieron sus cosas. Indicó que también hablaron con el hijo de ALBA RUTH, que es RICARDO MOLINA, para que él hiciera la contratación, pues era quien estaba registrado como acudiente de su mamá. Dijo que no había estado presente en el momento en que se realizó el acuerdo con la señora LILIA, pero que ella recuerda que ALBA RUTH le comentó que LILIA y su hijo habían llegado a un acuerdo para que ella la cuidara. Agregó que el hijo de la señora ALBA RUTH asistía a la Fundación aproximadamente una vez por semana y que lo referente a la relación que tenía esta familia con LILIA AVILA le consta porque ALBA RTUH le comentaba.

De dicha prueba testimonial, no puede la Sala deducir de manera cierta una prestación personal del servicio de la actora en favor del demandado, pues si bien resulta claro para la Sala que LILIA AVILA cuidaba a ALBA RUTH NIETO DE MOLINA, madre del demandado, lo cierto es que no es posible establecer las condiciones en que se ejecutó dicha relación y si en efecto, era el demandado quien había contratado los servicios de esta persona. No resulta útil al efecto el dicho de la testigo, pues afirmó claramente que sus manifestaciones corresponden a lo que le comentaba la mamá del

demandado y tampoco dio pormenores o explicó los hechos que presenciaba y que estuvieran relacionados con la eventual existencia de una relación laboral entre el demandado y la demandante, por lo que este testimonio por sí solo no brinda certeza a la Sala sobre el vínculo que aquí se debate.

Tampoco resulta relevante al objeto de la controversia lo manifestado por NOHORA ROMERO DE NIETO (CD. 1 hora 01:12:57), quien dijo ser tía política del demandado, pues solo refirió que sabía que la demandante era la empleada del servicio doméstico de ALBA RUTH, que ésta vivía en una Fundación llamada Fundama y la visitaba más o menos cada 8 o 15 días, que cuando iba veía ahí a LILIA ayudándole en lo que necesitara. Tales afirmaciones, como se dijo, no ofrece a la Sala certeza o indicio de la existencia de la relación laboral objeto de controversia.

En este orden de ideas, y del análisis en conjunto de las pruebas del expediente, lo único que puede concluir la Sala es que LILIA AVILA DE PACHON, prestaba servicios en oficios varios a la madre del demandado ALBA RUTH NIETO DE MOLINA, no obstante ninguna de las pruebas referidas acredita que la actora hubiere prestado servicios personales en favor del demandado o que se hubiere realizado algún tipo de acuerdo para la ejecución de estos servicios.

Precisa la Sala, que tampoco es útil lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte (CD. 1 min. 36:21), pues su dicho resulta ser una prueba irrelevante de los hechos que plantea en la demanda.

Por lo anterior, a juicio de la Sala, no puede darse aplicación a la presunción legal que establece la norma laboral, pues el servicio en favor del demandado no se acreditó, si bien el apoderado de la parte demandante aduce en el recurso que de todas formas, y aun cuando los servicios se hubieren prestado en favor de la madre del

demandado, sería éste el llamado a responder por las prestaciones causadas en favor de LILIA AVILA DE PACHON, por ser el heredero de su madre ya fallecida, lo cierto es que el objeto de la controversia que se planteó en este proceso tenía como objeto definir la existencia de la relación laboral con MAURICIO RICARDO MOLINA NIETO y no con su madre ALBA RUTH NIETO DE MOLINA, quien tampoco fue vinculada como demandada a este proceso.

Así las cosas y por las razones expuestas la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada