



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    11001 31 050 **02 2019 00 00347 01**  
Demandante:                        SORAYA GONZALES CIFUENTES  
Demandado:                         COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES, a la abogada ORIANA ESPITIA GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía 1.034.305.197 y T.P. 291.494 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

La señora SORAYA GONZALES CIFUENTES, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de esta última AFP, fundamentada en la falta al deber de información conduciendo a un error de hecho que vició su consentimiento.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, y con ello la devolución de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, y que se otorgue lo que resulte probado según las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Adujó como fundamento de sus pretensiones que nació el 17 de marzo de 1969, afiliándose al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en 1998, sin embargo que realizó traslado a PROTECCIÓN S.A. por medio de la inducción al error al que la llevó la AFP, pues asevera que no le informaron sobre las características de cada régimen pensional, los riesgos que implicaba su traslado y los montos de las pensiones tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; asimismo, que los argumentos esgrimidos por el asesor de PROTECCIÓN S.A. fueron los de que el INSTITUTO DE SEGUOS SOCIALES se iba a liquidar y que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, podría fijar el monto de su pensión.

Por lo anterior, considera que la administradora incumplió su deber de informar debidamente a los prospectos afiliados y se le causó un perjuicio evidente, puesto que el monto de la pensión que tendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sería un 65% más alta de la que ostentaría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones solicitadas en la demanda, pues considera que el traslado de la demandante es válido al no haberse determinado por un vicio del consentimiento, no se encuentra ninguna nota de protesta o inconformidad en el formulario de afiliación y ninguna prueba aportada está destinada a demostrar lo contrario. Enfatiza que en el presente caso no se puede dar aplicación la sentencia SU-062 de 2010 por no cumplir los requisitos para tal efecto, así como estar la accionante inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho de regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público

PROTECCIÓN S.A. presentó oposición a las peticiones consignadas en la demanda, argumentando que la demandante fue debidamente asesorada y se le proporcionó toda la información suficiente para tomar una decisión objetiva y libre de vicios, lo que hace al traslado de régimen un acto existente y válido, situación soportada en el formulario de afiliación, que da cuenta de la voluntariedad, acto jurídico que no puede ser demeritado por negaciones indeterminadas y sin sustento probatorio.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta en la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de buena fe y la innominada o genérica.

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

El Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 1º de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado con la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A., de fecha 31 de enero de 2012; en consecuencia, ordenó devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos causados y los gastos de administración sin descuento alguno. Ordenó a COLPENSIONES a tener como válida la afiliación hecha el 1º de abril de 1998.

Para llegar a esa conclusión, la Juez esgrime, respecto del deber de información que a lo largo de los años se ha venido desarrollando, presentándose tres periodos temporales de 1993 a 2009; definiéndose como el deber de información; de 2009 al 2014, escalando al deber de información y buen consejo; finalmente desde el año 2014, agrupando los dos últimos y añadiendo la doble asesoría.

Siguiendo con el precedente fijado por la Corte Suprema de Justicia, señala que la Corporación ha establecido que la finalidad de imponer un deber de información a las AFP, es lograr un consentimiento informado sobre los efectos y riesgos que tendría el traslado de régimen o su permanencia en el mismo, por ello se ha determinado que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar la información proporcionada y por tanto tener como cumplido el deber de información.

Asimismo, que en caso de considerar vulnerado el deber enunciado el afiliado tiene la posibilidad de efectuar acciones judiciales para que se declare la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

ineficacia del traslado de régimen pensional, así como que se ha determinado que la carga de la prueba corresponde a los fondos privados para demostrar que cumplió con su obligación.

En el caso en concreto, relacionó las pruebas documentales con el interrogatorio de parte practicado tanto a la demandante como a la representante legal de PROTECCIÓN S.A., estimando que no hubo confesión de parte de la accionante de haber recibido una información clara, completa y veraz para tomar una decisión objetiva e informada; respecto a las demás pruebas dilucidadas, señala que no son suficientes para tener por probado el deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado objeto de litigio.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primer grado, puntualmente en lo que respecta a los gastos de administración, al considerar que además de tener un sustento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por la gestión que realizan los fondos de los aportes, su devolución causaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, pues estos gastos no están destinados a financiar las pensiones, por lo que además, también les resulta aplicable la prescripción.

Por otro lado, manifiesta que no se debe devolver la prima de seguro previsional, en tanto los dineros fueron sufragados como lo demanda la ley para el pago a las aseguradoras para las contingencias de invalidez y muerte.

En el mismo sentido, expresa que los gastos de administración deben mantenerse como una restitución mutua, pues no se debe transgredir el principio de inescindibilidad de las normas al aplicar el artículo 1746 del C. Civil.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES presentó inconformidad señalando que el traslado es completamente válido, ello en tanto la demandante es completamente capaz para suscribir el formulario de afiliación, asimismo no cumplió con su deber de informarse correctamente, tampoco tiene clara su motivación para instaurar la demanda, pues no conoce las características de ambos regímenes, y está inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

Solicita que de ser confirmada la ineficacia del traslado se mantenga la condena de la devolución de los rendimientos y demás sumas por concepto de afiliaciones debido al detrimento causado a COLPENSIONES por los procesos de ineficacia del traslado generando una descapitalización del sistema pensional.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

régímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora SORAYA GONZALES CIFUENTES realiza su traslado de régimen a la AFP ING, hoy PROTECCIÓN S.A., con fecha del 31 de enero del 2012 (Fl. 38 del documento digital 08. Contestación Demanda PROTECCION); y si bien en tal documental se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que, aunque en el formulario de afiliación se indique que la afiliación es libre y espontánea, no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se extrae que la afiliación verificada en ING ocurrió cuando los asesores de la mencionada AFP arribaron al colegio en el que trabajaba la accionante, señaló que la reunión oscilaba entre los 20 a 30 minutos, siendo el principal argumento que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar y que los fondos privados eran la opción a ello. A su vez, refirió que no conoce de las características para trasladarse de régimen pensional.

Por lo anterior se puede concluir que no existe confesión alguna respecto del cumplimiento del deber de información, máxime que si bien la accionante manifestó haber realizado aportes voluntarios, al preguntarle sobre características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

necesidad de tener beneficiarios y la eventual sucesión de aportes, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la incidencia de los rendimientos financieros en su pensión y por otro lado los requisitos para pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manifiesta no conocer estos conceptos, limitando la visión de la dimensión sobre los regímenes pensionales para adoptar una decisión objetiva e informada, además de no haber sido aconsejada para tomar la decisión que más le convendría.

De otro lado, del interrogatorio de parte practicado a la representante legal de PROTECCIÓN S.A., se tiene que no conoce al asesor que realizó el traslado, no obstante, asegura que la misma fue contentiva de información clara y suficiente en tanto quienes realizaban dichas afiliaciones eran personas capacitadas en el Sistema Pensional en su conjunto; además aseveró que la obligación de realizar proyecciones pensionales solo se consagró desde el año 2016 y no aplicaba para el momento del traslado en litigio.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

<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 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas	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



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

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se hubiese cumplido con el deber de información y buen consejo para con la demandante para el año 2012, pues este *“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”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora SORAYA GONZALES CIFUENTES. Por lo que se mantendrá esta condena a favor de COLPENSIONES.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera o descapitalización del sistema pensional, al declararse la ineficacia del traslado, la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera o no se ve una descapitalización del sistema pensional, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante al no haber cotizado en el RPM, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

opera, como en el caso que nos ocupa, situación que conduce a la misma inaplicabilidad prescriptiva que se deriva de los gastos de administración.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, sentencia proferida el 1º de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

de las justas causas contempladas para su finiquito, de ahí que durante esa vinculación laboral fuese beneficiaria de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre el extinto IDEMA y el Sindicato SINTRAIDEMA, en especial, la que tuvo vigencia para 1996-1998 al ostentar la calidad de trabajadora oficial.

Que por tal razón, se declare su consolidación o adquisición del derecho a la pensión de orden convencional en los términos regulados en el inciso primero del artículo 98 de la referida Convención, pues a la fecha del despido sin justa causa contaba con más de diez años de servicios en el IDEMA, y cumple con el requisito de exigibilidad del pago de las mesadas respectivas desde que ostentó 60 años de edad, esto es, el 26 de junio de 2017, de igual manera que su salario fue definido por la misma demandada en cuantía de \$1.061.575 para el 30 de noviembre de 2000, promedio que debe tomarse como base para la mesada pensional una vez sea indexado al cumplimiento de los 60 años de edad, con una tasa de reemplazo a aplicar del 76%.

Asimismo, se declare que le asiste derecho al pago del retroactivo pensional a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, junto con el pago de 14 mesadas pensionales al año, aunado a que, en virtud del Decreto Ley 1675 de 1997, es LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL quien tiene a su cargo el pasivo pensional del extinto IDEMA y, por ende, la responsabilidad de la prestación.

Por consiguiente, se le condene al extremo accionado al pago de la pensión deprecada a partir del 26 de junio de 2017, calenda para la cual cumplió 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre debidamente indexadas con una mesada pensional a dicha calenda en valor de \$1.888.188.07, el pago de intereses moratorios, lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, sostuvo la demandante que prestó sus servicios personales al extinto IDEMA, empresa que tuvo la categoría de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional según el Decreto 133 de 1976, hasta su respectiva supresión y liquidación que se ordenara mediante el Decreto 1675 de 1997, laborando allí por el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1987 y el 30 de noviembre de 2000, ostentando la calidad de trabajadora oficial, empresa que culminó su proceso liquidatorio el 31 de diciembre de 1997, de allí que el ente ministerial encartado haya asumido sus obligaciones pensionales de conformidad con lo establecido en los artículos 6º, 8º y 9º del Decreto 1675 de 1997.

Adujo que el IDEMA culminó su contrato de trabajo de manera unilateral a través de oficio No. 000268 del 9 de octubre de 1997, pasando por alto la protección de fuero sindical que le asistía, por lo que adelantó un proceso de fuero sindical de reintegro que prosperó ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá y confirmado por este Tribunal, aspecto que conllevó a que LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL por disposición del Decreto 1675 de 1997 para cumplir las obligaciones del IDEMA, expidiera la Resolución No. 00586 del 30 de noviembre de 2000 en cumplimiento a la condena de reintegro, pero declarando la imposibilidad de hacerlo, terminando nuevamente de forma unilateral su contrato de trabajo, es decir, aplicando por segunda ocasión un despido sin justa causa y adoptando como fecha final de la vinculación el 30 de noviembre de 2000.

Que en la enunciada Resolución No. 00586 del 30 de noviembre de 2000, el Ministerio demandado estableció que para el 30 de noviembre de 2000 su salario promedio mensual actualizado a esa anualidad era la suma de \$1.061.575, aplicando así en debida forma la Convención Colectiva de Trabajo 1996-1998, lo que hace al demandado acreedor de las obligaciones convencionales según el artículo 125 de la misma.

Por último, relató que el Ministerio luego de solicitado el pago a la pensión convencional la negó.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas, argumentando como medio defensivo el hecho que el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales, expidió el Decreto 1675 de 1997 que suprimió el IDEMA, precepto que se ejecutó en su integridad y por ende, desapareció del ámbito nacional y legal, por lo que una de las consecuencias de la terminación de su existencia fue la disolución del Sindicato SINTRAIDEMA de conformidad con lo establecido en el artículo 407 del C.S.T.

Que es por ello que se pueda colegir que al vencimiento del término señalado en los artículos 1º y 7º del Decreto 1675 de 1997, el IDEMA quedó clausurado y liquidado definitivamente junto con el Sindicato SINTRAIDEMA.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, el acto legislativo restringe el reconocimiento de derechos pensionales, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, e innominada o genérica.

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

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de agosto de 2021 condenó a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a reconocer y pagar a la demandante la pensión de jubilación de carácter convencional a partir del 27 de junio de 2017 en cuantía de \$1.808.480, junto con 14 mesadas pensionales, pago que se deberá efectuarse con los ajustes legales y la respectiva indexación. De otro lado, absolvió a la demanda de las demás pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, expuso el *a-quo* que, según la norma convencional solicitada para su aplicabilidad, más exactamente su artículo 98, determina como requisitos de la pensión de jubilación un tiempo de servicios de más de 10 años y menor de 15 años y tener 60 años de edad, o desde la fecha que cumpla esa edad con posterioridad al despido.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Que por tal razón, la norma establece con claridad la hipótesis que regula la situación de la actora en virtud a que se encuentra demostrado que la misma laboró por el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1987 y el 22 de octubre de 1997, calenda última en la que fue despedida, para que con posterioridad se emitiera decisión judicial por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la que se ordenó su reintegro, el cual no se efectivizó ante la manifestación de la demandada de la imposibilidad del mismo, de ahí que se haya procedido al pago de la indemnización tomando como fecha de terminación del vínculo laboral el 30 de noviembre de 2000, por lo que consideró que la labor de la actora se extendiera por 13 años, 7 meses y 8 días.

Por otra parte, sostuvo que cuando la demandada fue retirada no había cumplido la edad en tanto nació el 26 de julio de 1957, sin que la edad no fuese requisito de la causación del derecho sino de exigibilidad, sin que existiera abolición del derecho a la luz de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.

Que en lo que respecta al monto de la mesada pensional, resaltó que de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la Convención, a la demandante le corresponde el equivalente al 76% del promedio devengado en el último año teniendo en cuenta el factor fijo y el factor variable, la cual debe efectuarse debidamente indexada, lo que arroja como primera mesada pensional la suma de \$1.808.480 a partir del 27 de junio de 2017, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre ya que el derecho se causó con anterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

Por último, manifestó que no procede el pago de los intereses moratorios, como quiera que la norma que regula esta prestación es de orden convencional, sin que tampoco haya operado el fenómeno prescriptivo respecto de ninguna de las mesadas pensionales reconocidas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Para el efecto sostuvo en su alzada que resulta procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la jurisprudencia ha establecido que, en atención del principio de igualdad, este rubro cobija tanto a las pensiones legales como las de carácter convencional.

Por su parte LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL argumentó en su apelación que, para efectos de determinar la causa de legitimación en la causa se hace necesario probar la existencia de la relación laboral, la cual dentro del presente no le atañe como ente ministerial, como quiera que no se le ha designado por la ley las funciones de reconocimiento y pago de prestaciones sociales con particulares ajenos y externos con cualquier relación laboral, por lo que debe prosperar el medio exceptivo formulado con la contestación de la demanda.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si al promotor de la litis le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de carácter convencional contenida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1992-1994.

De resultar próspero el anterior aspecto, se establecerá si la prestación se vio afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005, así como si goza de prosperidad el pago de los intereses moratorios reglados en el artículo 141 de la Ley 100 de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

1993, todo ello atendiendo la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

**c. Del caso en concreto:**

Previo al análisis de fondo del asunto que aquí ocupa a la Sala, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que (i) la demandante nació el 26 de junio de 1957 como da cuenta el Registro Civil de Nacimiento y la copia de la cédula de ciudadanía (Fls. 31 a 33 – Cuaderno PDF Anexos y demanda), (ii) que la demandante laboró al servicio del extinto IDEMA por el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1987 y el 22 de octubre de 1997, calenda última en que finalizó su contrato de trabajo como da cuenta la carta de terminación de la relación laboral proferida el 22 de octubre de 1997 emitida por el liquidador del extinto IDEMA, la liquidación final de prestaciones sociales calendada el 16 de noviembre de 1997 y la certificación laboral emitida por LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 28 de agosto de 2018 (Fls. 34 a 36 – Cuaderno PDF Anexos y demanda) y, (iii) luego de que la accionante interpusiera demanda especial por fuero sindical – acción de reintegro en contra del IDEMA y LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de marzo de 1999 condenó al Ministerio a reintegrarla al Cargo de Cajera Principal 01 en el extinto IDEMA, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de junio de 1999 (Fls. 37 a 51 - Cuaderno PDF Anexos y demanda).

(iv) Tampoco el hecho que LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL emitió la Resolución No. 00586 del 30 de noviembre de 2000 exponiendo la imposibilidad de reintegrar a la demandante como consecuencia de la orden judicial referenciada en precedencia, por lo que procedió a efectuar el pago de la indemnización, adicional a que, en el mentado Acto Administrativo se determinó como extremo final de la relación laboral el 30 de noviembre de 2000, es decir, que el contrato de trabajo se extendió sin solución de continuidad hasta esta última calenda (Fls. 58 a 63 - Cuaderno PDF Anexos y demanda).



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la promotora de la litis, como ya se refirió, pretende que se le reconozca y pague la pensión regulada en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1992-1994 que se suscribiera el extinto IDEMA y el Sindicato SINTRAIDEMA, al considerar que cumple con los requisitos allí contenidos.

Para desatar el problema jurídico establecido, es necesario traer a colación lo establecido en el art. 469 del CST:

*“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.”*

Es así que, al revisar el plenario, se aprecia que la Convención Colectiva de Trabajo aportada (Fls. 75 a 135 - Cuaderno PDF Anexos y demanda), fue la celebrada por el IDEMA y SINTRAIDEMA, vigente para 1992-1994, la cual contiene la constancia de depósitos y en consecuencia es fuente de derechos, además por cumplir con los presupuestos del artículo 467 del C.S.T.

En tal sentido, el artículo 98 Convencional regula la pensión en caso de despido injusto, que dispone:

*“El trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.”*

De la citada disposición convencional se extrae que dos son los requisitos para acceder a la pensión de jubilación que se pretende: (i) haber laborado más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos en el IDEMA y, (ii) haber sido despedido de manera injusta.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Al respecto se tiene que, como ya se hizo mención, obra tanto la certificación emanada por el Ministerio de calenda 28 de agosto de 2018 como la Resolución No. 00586 del 30 de noviembre de 2000, que dan cuenta que la actora laboró al servicio del extinto IDEMA como trabajadora oficial por el periodo comprendido entre el 23 de abril de 1987 y el 30 de noviembre de 2000, esto es, por espacio de 13 años, 7 meses y 8 días, tiempo equivalente a 4898 días.

Bajo este escenario, reitera la Sala que luego que la autoridad judicial emitiera sentencia en la que dispuso el reintegro de la demandante, el ente ministerial accionado a través de la Resolución No. 00586 del 30 de noviembre de 2000 no dio cumplimiento al reintegro de la trabajadora ante la extinción del IDEMA; lo que da lugar a que el finiquito de la relación laboral no obedezca a una justa causa como así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares, siendo uno de ellos el expuesto en la sentencia SL5183-2019 que expuso:

*“[...] esta Sala de la Corte, de manera reiterada ha sostenido, que si bien la terminación del contrato laboral de los trabajadores oficiales con ocasión a la clausura o liquidación de la entidad, como consecuencia de una orden del legislador es legal, no implica que la desvinculación del trabajador esté amparada en una justa causa, pues tal motivo no está contemplado dentro de las causales establecidas por el artículo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945”.*

Así pues, se acreditó el segundo de los requisitos para lograr la pensión que se pretende, siendo la edad un requisito únicamente aplicable para la exigibilidad de la prestación, posición que fue igualmente expuesta en la precitada providencia y en la sentencia SL3150-2019, incluso en otras como lo son la SL4538-2018, SL4473-2021, SL060-2022, por lo que, como ha manifestado la Alta Corporación, tampoco es viable afirmar que dicha Convención Colectiva de Trabajo solo produjo efectos jurídicos hasta la fecha de liquidación de la entidad, pues en el presente caso la pensión se causó el 30 de noviembre de 2000, fecha en que si bien se encontraba liquidado el IDEMA, lo cierto es que fue el mismo ente Ministerial quien determinó tal interregno como consecuencia de la demanda de fuero sindical - acción de reintegro que dispusiera la autoridad judicial en su momento; circunstancia por la cual, en



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

atención a las obligaciones que debió asumir el Ministerio según los preceptos del artículo 6° del Decreto 1675 de 1997, es por lo que no prosperan los argumentos de apelación de la demandada y que a su vez no haya lugar a declarar probado el medio exceptivo de falta de legitimación en la causa por pasiva.

En la citada sentencia SL060-2022, Radicación No. 82717 del 24 de enero de 2022, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló:

*“Sobre el primero de los reparos formulados, no encuentra la Sala desacierto en la decisión de segundo grado, en cuanto concluyó que el derecho pensional quedó causado desde el momento de la desvinculación del trabajador, y la edad era un requisito de exigibilidad y no de causación del derecho.*

*“Lo anterior, porque la lectura del texto extralegal inserto en el artículo 98 no deja dudas en cuanto a que ese fue el querer de las partes que suscribieron la CCT 1992-1994, por consiguiente, aducir que sus efectos fenecieron para la data del 30 de abril de 1998, sería desconocer derechos adquiridos a favor del extrabajador.*

*“En efecto, en el artículo 98 del acuerdo extralegal, se dispuso:*

*“PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El Trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa, después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación, desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.*

*“La citada disposición contiene las siguientes exigencias para hacerse merecedor del beneficio extralegal: i) tener la calidad de trabajador oficial, ii) que se produzca un despido sin justa causa, iii) que haya laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) para el Idema, y iv) haber cumplido sesenta (60) años.*

*“Lo determinante de la cláusula reseñada y que hace la diferencia con otro tipo de cuerpos convencionales, estriba en haber contemplado de manera expresa que la edad puede ser adquirida «con posterioridad al despido», pacto en virtud del cual, bien puede entenderse, como lo hizo el ad quem, que el requisito de la edad era con fines de exigibilidad y no causación del derecho.*

*“[...]*

*El segundo de los reparos, concerniente, a los efectos nugatorios del Acto “Legislativo 01 de 2005, constituye un tema decantado por la*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*jurisprudencia de la Corte, entre otras, en la sentencia CSJ SL2597-2018, donde se resolvió un asunto de contornos similares al que es materia de examen contra la misma entidad. Allí se precisó:*

*“Ahora, el alcance del referido Acto Legislativo lo ha reiterado esta Sala, entre otras, en sentencias CSJ SL12498-2017, CSJ SL703-2018 y CSJ SL1428-2018, en las que se ha explicado que la expresión «término inicialmente pactado» contenida en esa reforma constitucional, hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”».*

*[...]*

*“La distinción entre ambos escenarios, a primera vista, parecería arbitraria, empero no lo es. En la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica. Se evitó así, la restricción e imposición heterónoma a lo que autónomamente habían negociado las partes y sobre lo cual recaían sus expectativas legítimas de que lo acordado iba a tener cierta estabilidad laboral.*

*[...]*

*“Así entonces, no encuentra la Sala que el propósito del constituyente secundario al reformar el artículo 48 de la Constitución Nacional, fuese el de eliminar los beneficios pensionales de naturaleza extralegal adquiridos antes del 31 de julio de 2010, pues una cosa es la vigencia de un acto jurídico creador de un derecho, y otra, diferente, la permanencia en el tiempo de esa prerrogativa una vez que ha sido adquirido por cumplir el destinatario de la norma convencional con los requisitos establecidos en dicho acto.*

*[...]*

*“Conforme con lo expuesto, los errores que se le achacan a la sentencia de segundo grado resultan infundados, pues la fecha del 31 de julio de 2010 fijada por el Acto Legislativo 01 de 2005 constituye un límite temporal respecto de las reglas de carácter pensional, es decir, del acto jurídico creador del derecho, no respecto de aquellos beneficios consolidados con anterioridad.*

Así las cosas, en efecto le asiste el derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión bajo estudio, advirtiéndose que el monto fulminado en primera instancia luce acertado, pues aplicó una tasa de reemplazo del 76%



conforme lo dispone el artículo 27 convencional y el último salario establecido por el Ministerio para el año 2000 en la Resolución No. No. 00586 de esa anualidad ascendió a la suma de \$1.061.575, aspectos todos que se acompañan con las normas y jurisprudencia que rigen la materia, además de este haberse indexado debidamente desde el año 2000 hasta el año 2017, anualidad en la cual se hizo exigible el derecho, pues como da cuenta tanto el Registro Civil de Nacimiento como la cédula de ciudadanía, la demandante cumplió 60 años de edad el 26 de junio de 2017.

Por otro lado, como lo afirmó el operador de instancia el derecho pensional convencional no se vio afectado por lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, toda vez que la demandante cumplió los requisitos de causación, como se vio, el 30 de noviembre de 2000, por el tiempo de servicios y la modalidad del despido, razón por la que se concluye que a la fecha de vigencia de la reforma constitucional, esto es, el 29 de julio de 2005, la actora tenía un derecho adquirido que debe ser respetado tal como lo contempla la norma constitucional objeto de estudio, situación por la que se confirmará la decisión bajo estudio en lo referente al reconocimiento de las 14 mesadas anuales, toda vez que al cumplirse con los presupuestos antes de la entrada en vigencia del referido Acto legislativo, ciertamente no se afectó por este y sus restricciones.

De igual manera, se tiene que la CCT estuvo vigente hasta el año 1998, no obstante, el ente ministerial en la Resolución No. 00586 del 30 de noviembre de 2000, dio efectos a dicha normativa convencional hasta la fecha de retiro de la accionante, por lo cual resulta aplicable al presente evento. En efecto, en dicho acto administrativo señaló que *“En cuanto al régimen salarial y prestacional, ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, que, si bien la liquidación total de una empresa o entidad genera la extinción de la respectiva convención colectiva de trabajo, debe tenerse en cuenta que algunos de estos efectos pueden prolongarse en el tiempo dado el carácter normativo de las convenciones colectivas. En atención a esta preceptiva se liquidarán las acreencias contenidas en la sentencia con base en el salario establecido en dicha providencia atendiendo los preceptos de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la liquidación de la empresa para efectos de los incrementos salariales (artículo 116)”* (Fl. 58 a 63).



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en un evento de similares connotaciones, en sentencia SL4538-2018, Radicación No. 55317 del 10 de octubre de 2018, señaló:

*“En todo caso, aun cuando se diera por superada la aludida falencia técnica, encuentra la Sala, que el juez de alzada no cometió error alguno, al aplicar lo preceptuado en el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintraidema y el extinto Instituto de Mercadeo Agropecuario, toda vez que de la Resolución n°. 00624 del 30 de noviembre de 2000 (fl.31-36), proferida por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, con el fin de dar cumplimiento a la sentencia judicial que ordenó el reintegro del demandante, se evidencia que la entidad demandada no puso en duda la vigencia de la convención colectiva y por el contrario la llamó a operar.*

*“En ese sentido, en el referido acto administrativo, sobre los efectos de la convención colectiva de trabajo, se expresó:*

*“En cuanto al régimen salarial y prestacional, ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, que, si bien la liquidación total de una empresa o entidad genera la extinción de la respectiva convención colectiva de trabajo, debe tenerse en cuenta que algunos de estos efectos pueden prolongarse en el tiempo dado el carácter normativo de las convenciones colectivas. En atención a esta preceptiva se liquidarán las acreencias contenidas en la sentencia con base en el salario establecido en dicha providencia atendiendo los preceptos de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la liquidación de la empresa para efectos de los incrementos salariales (artículo 116).*

*“Frente al anterior aspecto, esta Corporación se ha pronunciado en diferentes ocasiones, así en sentencia CSJ SL, 22 jun. 2010, rad. 39015, reiterada en la CSJ SL 021 de 2018, en un caso semejante promovido contra la misma entidad, se estableció:*

*“El Tribunal, si bien dio por demostrada la existencia del vínculo laboral hasta el 30 de noviembre de 2000, a raíz de la orden judicial de reintegro, consideró, para no hacerle producir efectos a la norma convencional de la que se deriva el derecho pretendido en el proceso, que “...no podía aplicarse a la demandante, pues el artículo 138 del acuerdo convencional estableció que su vigencia sería hasta el 30 de abril de 1988 (folio 88). Como la convención colectiva que regulaba las relaciones entre el Idema y sus trabajadores dejó de regir, no se podían extender en el tiempo los beneficios que consagraba...”.*

*“Para la Sala, ese razonamiento del sentenciador de alzada desconoce que la propia demandada le hizo producir efectos al acuerdo convencional, como surge del contenido de la Resolución número 00598 del 30 de noviembre de 2000, que obra a folios 27 a 32 del expediente, proferida por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural con el fin de dar*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*cumplimiento a la sentencia judicial que ordenó el reintegro de la promotora del pleito, obligación que asumió en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 1675 de 1997.*

*“En efecto, en uno de los considerandos de ese acto administrativo, se dejó por sentado, conforme a lo dispuesto en la citada preceptiva, la vigencia de los beneficios convencionales del extinto IDEMA, al textualmente indicarse que “...las entidades afectadas con las decisiones judiciales deben proferir un Acto Administrativo en el cual expongan las causas que hagan imposible el reintegro para el cumplimiento de las respectivas sentencias, a la vez, reconocer y ordenar el pago de los salarios y demás emolumentos legales y convencionales dejados de percibir desde el momento de su despido y hasta la fecha en el que se le comunique a la trabajadora la imposibilidad jurídica del reintegro”.*

*“Y más adelante fue más explícita en relación con los efectos de la convención colectiva de trabajo, al precisarse, para apoyar el reconocimiento de los beneficios convencionales a la demandante, y liquidar las prestaciones sociales y demás créditos laborales adeudados: “En cuanto al régimen salarial y prestacional, ha sostenido la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado, que si bien la liquidación total de una empresa o entidad genera la extinción de la respectiva convención colectiva de trabajo, debe tenerse en cuenta que algunos de estos efectos pueden prolongarse en el tiempo dado el carácter normativo de las convenciones colectivas. En atención a esta preceptiva se liquidarán las acreencias contenidas en la sentencia con base en el salario establecido en dicha providencia atendiendo los preceptos de la convención colectiva de trabajo vigente al momento de la liquidación de la empresa para efectos de los incrementos salariales (artículo 116)”.*

*“Por manera que si la propia demandada, legalmente encargada de responder por las obligaciones laborales de la empleadora, no puso en duda la vigencia de la convención colectiva de trabajo y, por el contrario, la aplicó, fuerza concluir que, al restarle efectos a ese convenio, el Tribunal en efecto incurrió en los desaciertos denunciados, al inaplicar la Convención Colectiva de Trabajo, vigente en los años 1996 a 1998, celebrada entre el Instituto de Mercadeo Agropecuario “IDEMA” y su sindicato de trabajadores; no obstante, se insiste, que la misma demandada reconoció a la actora los beneficios allí establecidos, a pesar de la supresión y liquidación de la empresa que la suscribió”.*

En lo que respecta a la excepción de prescripción, no operó sobre ninguna de las pensionales que le asisten a la demandante de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., así como el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., ya que al haber ostentado los 60 años de edad el 26 de junio de 2017, esta elevó reclamación administrativa ante LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el 15 de agosto de 2017 (Fls. 65 a 68), la cual fue resuelta por la encartada el 4 de septiembre de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

2017 (Fls. 69 a 73), por lo que hasta aquí se suspendió el término prescriptivo, y al haberse presentado la demanda el 14 de agosto de 2020 como se aprecia del Acta individual de reparto (Fl. 268), es evidente que no transcurrieron los tres años que consagra la norma para la pérdida de las mesadas pensionales deprecadas.

En cuanto a los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe señalarse que habrá de confirmarse lo estimado en primer grado, como quiera que estos no aplican respecto de pensiones convencionales. Sobre el particular, en la sentencia SL072-2022, Radicación No. 76285 del 25 de enero de 2022, se señaló:

*“En cuanto a los intereses moratorios peticionados se denegarán, como quiera que la pensión es de origen convencional; no obstante, en su lugar se accederá a la indexación de las diferencias, desde la fecha en que se causó la mesada hasta cuando se realice el pago efectivo, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:  $VA= VH \times (IPCF/IPCI)$ , en la cual el IPC inicial corresponde al vigente para el momento en que debió cancelarse cada mesada, y el IPC final al existente para momento en que efectivamente se sufrague lo adeudado”.*

De tal modo que, ante la improcedencia de los intereses moratorios, es procedente el pago del retroactivo indexado, tal como lo concluyó el *a-quo*.

Por último, del retroactivo generado se autoriza a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL que descuente los respectivos aportes en salud.

**SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia, en el sentido de AUTORIZAR a LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL que descuente del retroactivo generado los respectivos aportes en salud.

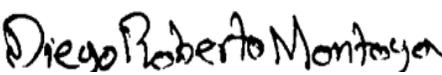
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primer grado.

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

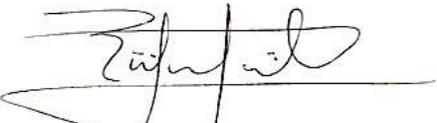
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    11001310 50 **04 2021 00042 01**  
Demandante:                            EDUARDO LOMBANA CORDOBA  
Demandado:                              COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor EDUARDO LOMBANA CÓRDOBA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con la finalidad que se declare la ineficacia de la afiliación y del traslado que se efectuó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., fundamentada tanto en la omisión del deber de información.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, aportes, rendimientos, saldos, bono pensional, semanas de cotización, gastos de administración, sumas adicionales junto sus respectivos frutos e intereses y la totalidad de los dineros aportados por el señor.

De igual forma, ordena a COLPENSIONES activar la afiliación sin solución de continuidad en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es decir, como si nunca hubiese existido el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, además actualizar la historia laboral más lo que resultare probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Expone el demandante que se afilió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 20 de mayo de 1986; sin embargo, en marzo de 1997 fue abordado por un gestor comercial de la AFP accionada, quien promovió su traslado, pero lo hizo por medio de información que no era pertinente, asertiva, clara ni completa, debido a que le argumentó que se podía pensionar a la edad que quisiera y también que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no se le garantizaría el reconocimiento de la pensión de vejez, puesto que dicho régimen tenía un sistema económico que tenía serias dificultades.

De igual manera, indicó que el gestor comercial nunca le explicó las características, las diferencias, el funcionamiento entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las ventajas y desventajas objetivas e implicaciones al momento de realizar el traslado, en tanto solamente le expuso las ventajas, motivo por el cual el actor procedió a suscribir el formulario de traslado.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

También indica que en ningún momento se le explicó que el cálculo para establecer el monto de la pensión en los dos regímenes era diferente y que los requisitos para alcanzar la pensión variaban. Adicional es importante resaltar que no le elaboraron una proyección futura sobre el cálculo de cotizaciones y jamás le explicaron que el monto de su pensión dependía del saldo que tuviera en su cuenta de ahorro individual y factores tales como la expectativa de vida y posibles beneficiarios.

Finalmente, pone de presente que, al estar próximo al cumplimiento de los 62 años, solicitó ante la AFP un cálculo estimado de lo que podría ser monto de pensión y este fue de un equivalente a una tasa de reemplazo del 35.21%, es decir que con esta cifra estaría dejando de percibir \$9.000.000. Esto implicaría degradar su calidad de vida, ya que en los últimos 10 años de cotización ha cotizado sobre montos superiores a \$15.000.000. Por lo que a su juicio le crearon una falsa expectativa, ya que los beneficios que le habían mencionado no eran reales.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PROTECCIÓN S.A contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó la inexistencia de la ineficacia del traslado, ya que la afiliación del señor EDUARDO LOMBANA CÓRDOBA es un acto válido, ya que se realizó en forma libre y espontánea, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, es decir que se cumplieron con las solemnidades que exige la ley, motivo por el cual se generaron tanto derechos como obligaciones.

Lo anterior se puede evidenciar en la firma del formulario de traslado, acto que constituye una manifestación inequívoca de aceptación de condiciones que se le habían expuesto para realizar el traslado, además que dentro de la asesoría se le respetó el derecho a la libre elección de régimen.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

De igual forma una de las consecuencias que tiene el actor al haber firmado dicho formulario, es que los aportes dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad hacen parte del capital con el cual se financia la prestación económica que se genera en este régimen y, por ende, no se puede trasladar estas sumas al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Esto se debe a que no existe una causal legal que faculte esta petición, por cuanto no hubo vicios del consentimiento y también a que la AFP no es poseedor de los dineros de las cuentas de ahorro individual de los afiliados, sino que es un administrador.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica o innominada.

Por otra parte, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una de las pretensiones, bajo el entendido de que el demandante está afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera válida y por tanto no tiene vicios de error, fuerza o dolo que impidiera que escogiera de manera libre el régimen pensional; es más, se evidencia la voluntad de manera plena al suscribir el formulario de solicitud de afiliación a la AFP en el año 1997.

Por otra parte, aunque esta entidad desconozca las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, lo cierto es que el actor escogió de manera libre este régimen por las características y por la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

información brindada y más aún que esa escogencia se hizo de manera libre y sin vicios.

De igual manera, no se puede dar el traslado entre regímenes en las circunstancias de este caso, ya que se presenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

Propuso los medios exceptivos de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica

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

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 09 de diciembre del 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., ordenando a esta última trasladar con destino a COLPENSIONES todos los dineros de la cuenta individual del actor, y declarando que para todos los efectos legales se entienda que el afiliado nunca se trasladó de régimen y que siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Señaló para el efecto que, según la jurisprudencia la expresión libre y voluntaria del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 versa en la selección de los regímenes pensionales, esta elección debe hacerse por escrito por el afiliado; pero además presupone un conocimiento, el cual solo es posible cuando se



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

comprende a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole, ya que de lo contrario sería acreedor de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Dentro de las garantías en favor de los afiliados, las AFP deben suministrar información de manera clara, cierta, completa y comprensible sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias al momento en que una persona desea trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Además, la Corte indica que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

Según la línea jurisprudencial, el consentimiento contenido en el formulario de traslado, aunque se haya hecho de manera libre, voluntaria y espontánea, se entiende que este no es suficiente para dar por demostrado el deber de información brindado por la AFP. Y frente a la expectativa legítima para obtener la pensión, esta no se tiene cuenta para que proceda la ineficacia del traslado, debido a que la violación de información versa solamente sobre la validez del acto jurídico.

Este deber de información debe ser demostrado por las AFP, es decir, son estas las que tienen la carga de la prueba de que realmente si cumplieron con las gamas de obligaciones de las cuales depende la validez del contrato. Es necesario resaltar que la firma del formulario por parte del afiliado, no significa que las administradoras les hayan brindado la información clara, suficiente, comprensible, completa y en consecuencia que el traslado sea un acto jurídico válido.

Del caso en concreto, se evidencia que no hay constancia que la AFP le brindó al afiliado información clara y precisa sobre todo lo concerniente al cambio de régimen, debido a que en el formulario de traslado (FL 31) solo se observa la fecha de su diligenciamiento, datos personales y laborales, pero esto no significa



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

que el actor haya firmado de manera libre y voluntaria y que haya tenido una suficiente y completa asesoría de la cual entendiera a cabalidad lo que estaba firmando. Por lo anterior la AFP incumplió con su deber de información y se declara la ineficacia de la afiliación.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. presentó recurso de apelación para que se revoque de manera parcial la condena impuesta a PROTECCIÓN S.A. de trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración y las cuotas del seguro previsional. La comisión de administración es un descuento autorizado por la ley en un 3% del porcentaje de los aportes y tiene por finalidad cubrir los gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional, por ende, no constituyen un valor con destino a la pensión ni la financian, y su devolución implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

Adiciona el retrotraer las situaciones en su estado anterior, implica que no se deben genera los rendimientos en la cuenta de ahorro ni la devolución de gastos de administración, más aún cuando se debe aplicar la figura jurídica de las restituciones mutuas. Frente a la prima del seguro previsional, señaló que los dineros fueron trasladados a una aseguradora, por ende, es imposible su devolución.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra del fallo proferido por el despacho teniendo en cuenta que la Ley 797 de 2003 consagra el término límite para que las personas para trasladarse de régimen.

Además, resalta que se acredita con la prueba documental (FL. 95) y el interrogatorio de parte, que el actor tenía conocimiento de la posibilidad de trasladarse, e incluso el 21 de marzo de 2013 se le informó que debía hacer el



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

traslado en un término superior al 15 de diciembre de 2013, lo cual no llevó a cabo.

Finalmente, que el hecho que en el régimen administrado por COLPENSIONES reciba una mesada pensional más alta, no implica que deba prosperar la ineficacia.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado,*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual el señor EDUARDO LOMBANA CÓRDOBA realiza su traslado al Régimen de Ahorro



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., con fecha del 12 de marzo de 1997, y aunque se evidencia que firmó dicho formulario, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en que aunque la afiliación haya sido libre y espontánea, y que incluso llevé la firma del afiliado, esto no es prueba suficiente para afirmar que se suministró toda la información clara, oportuna y veraz; así como lo establecido en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

De otra parte, del interrogatorio de parte practicado al accionante no se colige que haya confesado estar debidamente informado, por el contrario, manifestó que se hacían charlas grupales, pero al momento en que se realizaba el traslado se realizaba la asesoría de manera individual, dentro de esta solamente le manifestaron que se podía pensionar de manera anticipada, de heredar lo ahorrado, mayor solidez y confiabilidad que tenían las AFP frente al fondo público.

Pero en ningún momento, el asesor le explicó de manera clara, completa, todo lo concerniente al cambio de régimen, cuánto dinero debía tener de capital para pensionarse, ni mucho menos que al tener la calidad de casado, ese capital debía ser superior, ni las ventajas y desventajas de cada régimen.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto que el actor firmó el formulario de traslado de régimen, no se acreditó que el asesor le haya brindado una información completa y suficiente para que comprendiera todo el alcance que tenía si se trasladaba de régimen, es por esto que se analiza que por parte de la AFP se omitió información.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

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



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

asesoría.	016 de 2016	regímenes pensionales.
-----------	-------------	------------------------

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1997, una *“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”*.

Por todo lo anterior, se confirmará la decisión de la juez de primera instancia en cuanto a la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional, al no tener por probado el deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A.

Respecto al recurso de apelación que instauró el apoderado de PROTECCIÓN S.A. frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Al declararse la ineficacia se tiene como si nunca se hubiera realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no realicen la devolución de los gastos de administración que hayan sido cobrados de la administración, de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, ya que se entiende como si nunca hubieran salido de la cuenta de ahorro del actor, además estas al omitir información, incumplieron con uno de sus deberes y por ende le corresponde asumir los gastos de la devolución de los dineros al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por otra parte, con respecto al recurso de apelación por parte de COLPENSIONES, se debe acotar que el hecho que el accionante no haya retornado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el término legalmente conferido, no implica convalidar un traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad precedido de una falta de información.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, en el grado jurisdiccional de consulta, esta resulta impróspera, por cuanto la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

### V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### RESUELVE:

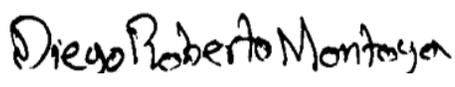
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

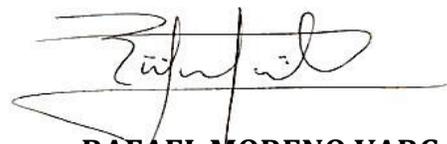
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 07 2020 00199 01  
Demandante:                        MARÍA CELMIRA MENESES ORTIZ  
Demandado:                         COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y T.P. 289559 del C.S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder a ella conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora MARÍA CELMIRA MENESES ORTÍZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., para que previo el trámite judicial correspondiente se declare ineficaz el traslado del Régimen de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

Por consiguiente, se le ordene a COLFONDOS S.A. que traslade los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones, refirió que nació el 6 de febrero de 1960 y cumplió 57 años de edad, efectuando cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta mediados del año 1999.

Relata que no recibió de COLFONDOS S.A. una información adecuada respecto de las diferencias entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como las ventajas y desventajas de los mismos, ni se le realizó una presentación formal de los riesgos del traslado ni la forma en que se impactaría el valor de la mesada pensional.

Señala que COLFONDOS S.A. realizó simulación pensional dentro del plan de vida de la demandante, arrojando una mesada pensional para el año 2020 de \$859.366, mientras que la simulación pensional en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, efectuando los últimos 10 años cotizados aplicando una tasa equivalente al 64,51%, da como resultado una mesada pensional por el valor de \$1'214.199,56.

Precisa que el 7 de febrero de 2020, elevó derecho de petición ante COLPENSIONES solicitando la declaratoria de ineficacia de la afiliación, solicitud que fue desatada de forma desfavorable el 11 de febrero de 2020.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas en su contra, argumentando que la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, adicional a que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de mérito como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Asimismo, COLFONDOS S.A. contestó la demanda, resaltando que brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondo de pensiones, recordando las características de dicho régimen, funcionamiento y diferencias entre regímenes, así como también se recalcó las ventajas y desventajas, derecho a bono pensional, efectuar aportes voluntarios, rentabilidad que producen los aportes; de igual manera se dio a conocer la opción legal de retracto, esgrime que se brido toda la asesoría contando con una información clara, cierta, completa y precisa llevando a tomar la decisión de manera libre, voluntaria y espontánea de trasladarse de régimen y libre de vicios del consentimiento.

Propuso las excepciones de fondo tales como falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar nulidad de traslado, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

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



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 26 de agosto de 1999; ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros sin descontar suma alguna por gastos de administración; a su vez ordenó a COLPENSIONES a recibir a la afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como fundamento de su decisión adujo que de conformidad con lo normado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 de Decreto 663 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, así como en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las AFP deben suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, referencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y además que opera la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

Precisa que la carga probatoria del deber de información recae sobre COLFONDOS S.A., AFP que en el presente caso no acreditó que haya suministrado la correspondiente información ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte. Argumentos por los cuales, declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión del *a-quo* COLFONDOS S.A. interpone recurso de apelación en el que solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo referente al traslado de los gastos de administración, aduciendo que el descuento del mismo es autorizado por el ordenamiento jurídico frente a la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

gestión y administración de los recursos, lo que generó rendimientos en beneficio de los intereses del demandante, máxime que no se vinculó al Fondo de Solidaridad. De otra parte, que condenar al pago indexado, implicaría solventar un supuesto daño que no se causó.

A su turno COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia del *a-quo*, ya que no se la existencia de vicios del consentimiento, predicándose únicamente un eventual error de derecho, el que no tiene fuerza legal para repercutir en la ineficacia.

De otra parte, que es errónea la interpretación de la inversión de la carga de la prueba, máxime que existen obligaciones recíprocas por parte de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social; por otro lado, que no es factible que la accionante resulte subsidiada a costa de los recursos ahorrados por los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo cual la decisión implica una descapitalización del sistema. Finalmente, aduce la existencia de precedentes jurisprudenciales que no han accedido a la ineficacia del traslado, al advertirse una inconformidad con el monto de la mesada.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 26 de agosto de 1999 a la AFP COLFONDOS S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, que el motivo de su vinculación con la AFP fue porque dieron el argumento de que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba liquidar.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

		conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1999, una *“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”*.

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón al *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS S.A., respecto a la devolución los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

De igual manera, debe señalarse respecto de los gastos de administración, que su devolución debe realizarse de manera indexada, al señalar la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5543-2021, Radicación No. 86545 del 9 de diciembre de 2021:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

Se debe acotar además que no resulta dable estimar que el fondo de garantía deba suplir la devolución de tales emolumentos, en tanto, la responsabilidad, tal como se establece en la precedente jurisprudencial, se encuentra en cabeza de la AFP.

En virtud del recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, vale la pena resaltar respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera de la Entidad al declarar la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 11 2017 00540 01  
Demandante:                        LILI JOHANNA MORALES RODRÍGUEZ  
Demandado:                        CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S. Y DANILO  
   CÁRDENAS LESMES  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C. veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora LILI JOHANNA MORALES RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S. y DANILO CÁRDENAS LESMES, con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 15 de septiembre de 2008 y el 15 de julio de 2017 y en consecuencia se condene de manera solidaria a los accionados al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicio, vacaciones, indemnización por la no consignación de las cesantías, indemnización por el no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, aportes al Sistema



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Integral de Seguridad Social, más la indexación y lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 15 de septiembre de 2008 inició una relación laboral con la CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S., a efectos de prestar sus servicios personales en actividades de carácter profesional médico en los campos de cirugía plástica, estética, odontológica, anestesiología y áreas afines, fungiendo el señor DANILO CÁRDENAS LESMES, como representante legal de la sociedad accionada.

Relata que cumplió las funciones de manera ininterrumpida y subordinada, en el cargo denominado Asesora Comercial, cumpliendo actividades de enfermería, recepción, manejo de archivo, enfermería en cámara hiperbárica, asesoría comercial, servicio al cliente y como asistente personal del representante legal cumpliendo un horario de trabajo de lunes a viernes de 9:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m.; que los extremos laborales corresponden del 15 de septiembre de 2008 al 15 de julio de 2017, devengando un salario de \$2.500.000.

Señala que se impartían órdenes y que le fue solicitado que suscribiera un contrato de prestación de servicios el 22 de octubre de 2013 y el 1º de febrero de 2014; que el 15 de julio de 2017, el representante legal de la accionada, dio por terminado el contrato de trabajo, aduciendo una justa causa, sustentando además la decisión en la falta de presupuesto para cancelar el salario, expidiéndose una certificación laboral; finalmente, que se le adeudan las acreencias laborales deprecadas.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La sociedad CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S. y el señor DANILO CÁRDENAS LESMES, de manera conjunta operaron la *litis contestatio*, señalando que la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

certificación expedida el 28 de abril de 2014, se expidió ante la solicitud de la demandante, quien abusando de la confianza depositada obtuvo la firma del señor DANILO CARDONA LESMES, quien desconocía su contenido; de igual manera al certificación del 15 de julio de 2017 señala que las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios, y en el certificado del 28 de enero de 2016, se desmiente que el salario haya ascendido a \$2.500.000; que no se prestó el servicio de manera subordinada ni cumplió un horario de trabajo.

Que los contratos de prestación de servicios fueron los que regularon la relación contractual, sin que se haya impuesto su suscripción, la que culminó por decisión de la demandante.

Formularon y sustentaron las excepciones de mérito de inexistencia de la relación laboral pretendida, prescripción de las supuestas acreencias laborales reclamadas, mala fe de la demandante, buena fe de la parte demandada y exoneración de las supuestas multas por no cumplimiento a tiempo de las obligaciones laborales.

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

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 7 de octubre de 2021 declaró que entre la demandante LILI JOHANNA MORALES RODRÍGUEZ y la CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S., existió un contrato de trabajo entre el 15 de septiembre de 2008 y el 15 de julio de 2017, y en consecuencia la condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria, así como al pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, absolviéndola de las restantes pretensiones, y absolviendo al señor DANILO CÁRDENAS LESMES de todas las pretensiones.

Para arribar a dicha conclusión, indicó en primer lugar que se acreditó la prestación personal del servicio, presumiéndose la existencia del contrato de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

trabajo, la cual no fue desvirtuada por la parte demandada, por el contrario se evidencia la existencia de memorandos y la entrega de insumos; de otra parte, que del certificado laboral se extrae que los extremos temporales fueron los comprendidos entre el 15 de septiembre de 2008 al 15 de julio de 2007, acotando que en los años 2008 a 2013, no existe prueba del salario, por lo cual se tomará el salario mínimo legal mensual vigente, y como salario desde el año 2014 la suma de \$2.500.000.

Refirió que por pasiva no se acreditó el pago de prestaciones sociales, por lo cual emitió condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios; de igual manera no se demostró el pago de vacaciones y aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. De otra parte, fulminó condena al pago de la sanción por el no pago de intereses a las cesantías, declarando parcialmente prescritos los derechos laborales, a excepción del auxilio de cesantías.

Estimó que la accionada no actuó de buena al ocultar la existencia del contrato de trabajo dado el grado de amistad existente con la demandante, por lo cual accedió al pago de la indemnización moratoria, absolviendo a su vez de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, al no ser tales indemnizaciones concomitantes.

Frente a la indemnización por despido sin justa causa, señaló que la trabajadora no acreditó el hecho del despido; finalmente, estimó que no existe normativa alguna que consagre la solidaridad del representante legal de la sociedad accionada, más aún cuando no fungió como contratista independiente, de conformidad con lo regulado en el artículo 34 del C.S.T.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Para tal efecto señaló que resultaba procedente emitir condena por concepto de sanción por la no



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

consignación del auxilio de cesantías, ello en tanto se deben solucionar desde el 15 de febrero de 2009 hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, data desde la cual omitió el empleador consignar la prestación social, más aún cuando se evidenció la mala fe patronal.

De otra parte, que el salario devengado entre los años 2008 y el 2014 ascendía a \$2.500.000, tal como se certificó por el representante legal de la sociedad accionada, en la cual no se estableció ser el último salario sino el que se pagó durante toda la vigencia; de otra parte, que se revise el extracto bancario de pago a proveedores desde el año 2011.

De igual manera solicita se emita condena por la indemnización por despido sin justa causa, ello en tanto no renunció, sino que fue despedida, tal como lo adujo la accionante en su interrogatorio de parte, y lo manifestado por el señor DANILLO CÁRDENAS, sin que la encartada haya acreditado la existencia de una carta de renuncia.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin avizorar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar en primer lugar el salario devengado por la accionante entre los años 2008 y 2014; una vez determinado lo anterior, si las pretensiones de sanción por la no consignación del auxilio de cesantías e indemnización moratoria, tienen vocación de prosperidad.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**c. Salario:**

Inicialmente se debe señalar que no fue objeto de reproche la decisión de primera instancia, en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre LILI JOHANNA MORALES RODRÍGUEZ y la sociedad CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S., por el período comprendido entre el 15 de septiembre de 2008 y el 15 de julio de 2017.

Ahora bien, se debe en cuenta que la parte demandante tiene la carga de la prueba de demostrar el salario alegado, sin soslayarse que, en el evento de no acreditarse el monto, se debe acudir al salario mínimo legal mensual vigente. Sobre el particular, la corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4281-2021, Radicación No. 80877 del 21 de septiembre de 2021, señaló:

*“Al margen de lo anterior, si la Sala por holgura omitiera los citados y errores técnicos y entrara a revisar, si el Tribunal se equivocó al liquidar las condenas impuestas a favor del actor con el salario mínimo mensual vigente de cada anualidad, por cuanto no se aportó prueba del mismo, tendría que decir que no le asiste razón al censor, por las siguientes razones:*

*“Conforme al artículo 167 del CGP antes artículo 177 del CPC «Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen», en otras palabras, quien pretende un derecho tiene la carga de probar los hechos que lo sustentan. Así, en aplicación del principio de la carga de la prueba, en este asunto, al demandante le correspondía allegar prueba idónea que acreditara cuál era el salario que recibió como representante legal de la sociedad Agencia de Aduanas Ltda. Nivel 2, deber procesal que incumplió.*

*“En esa medida la colegiatura no aplicó indebidamente el artículo 145 del CST al acudir al salario mínimo legal vigente para efectos de imponer las respectivas condenas, pues tal proceder se ajusta a la jurisprudencia de esta Sala, que atañe a que, al no allegarse prueba que permita establecer el valor exacto de la asignación salarial, no hay otro camino sino «tener como retribución devengada el salario mínimo legal mensual de la época» (CSJ SL16528-2016)”.*

Ahora bien, la parte recurrente aduce que el salario devengado durante toda la relación laboral ascendió a \$2.500.000, aseveración que señala la Sala como



primera medida, se contradice con el supuesto fáctico de la demanda, en tanto en los hechos noveno y décimo, aseveró que, desde el 15 de septiembre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, percibió como contraprestación personal la suma de \$1.700.000, y entre el 1º de enero de 2014 y el 15 de julio de 2017, la suma de \$2.500.000 (Fl. 3).

De tal manera, que desde la presentación de la demanda se adujo un salario diferente para las anualidades 2008 a 2013, del alegado en el recurso de alzada.

De otra parte, el certificado emitido el 28 de abril de 2014 por el señor DANILO CÁRDENAS LESMES (Fl. 25), refiere que la demandante se encuentra vinculada desde setiembre de 2008 mediante contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de Asesora Comercial, con una asignación mensual de \$2.500.000, sin que en manera alguna se haya especificado que tal salario fue el pactado desde el año 2008. Por ende, no avizora que la prueba documental referida, acredite que el salario devengado para el año 2014 haya sido el mismo para los años 2008 a 2013, lo cual además se contradice con el supuesto fáctico de la demanda.

Finalmente, de la revisión de las pruebas documentales aportadas al plenario, no se evidencia que se hayan aportados extractos bancarios que acrediten el pago a proveedores del cual se pueda extraer el salario, motivo por el cual le asistió razón al *a-quo* al fijar como salario para dichas anualidades el mínimo legal mensual vigente.

**d. Sanción por la no consignación del auxilio de cesantías:**

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 consagra que el 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo, *“El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo”.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5397-2021, Radicación No. 69656 del 16 de noviembre de 2021, señaló:

*“El empleador que no consigne oportunamente el valor anual de las cesantías de sus trabajadores, deberá pagar una indemnización moratoria, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, desde el 15 de febrero hasta la fecha en que se verifique el pago, de conformidad con el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990. Sin embargo, su aplicación no es automática y, por tanto, en cada caso, debe revisarse si la conducta del empleador estuvo revestida de buena fe, pues siendo así no procederá la imposición de esa condena”.*

Ahora bien, el *a-quo* estimó que el actuar del empleador estuvo revestido de mala fe, ello en tanto ocultó la existencia del contrato de trabajo, consideración que no fue refutada por la parte demandada. No obstante, se abstuvo de emitir condena en tanto consideró que no era factible su procedencia al haberse dispuesto el pago de la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T.

Sobre tal aspecto, se tiene que la sanción por la no consignación de las cesantías se causó desde la fecha en que se hizo exigible, esto es, desde el 15 de febrero de cada anualidad, y hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo, data en la cual procede la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T. De tal manera, que no le asistió razón al *a-quo* al estimar que las sanciones se contraponen al no ser factible su condena de manera concomitante, ello en tanto tienen periodos de causación diferentes.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL4681-2021, Radicación No. 69303 del 5 de octubre de dos 2021, señaló:

*“Así mismo, la Sala encuentra que el Tribunal también incurrió en el error jurídico endilgado al considerar que la exigibilidad de las cesantías y la sanción por su no consignación se producen en el mismo momento, esto es, a*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*la finalización del vínculo, cuando lo cierto es que, si bien la exigibilidad del pago de cesantías ocurre al finalizar el nexa, la sanción por su no pago opera en fecha diferente, como se explica enseguida.*

*“En efecto, mientras que el derecho a reclamar el auxilio de cesantía emerge al momento de la finalización del nexa laboral (CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393), la sanción referida, es exigible a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar dicha prestación social en cada anualidad, es decir, desde el 15 de febrero del año siguiente al que correspondan las cesantías causadas.*

*“Lo anterior está sustentado en el contenido normativo del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que en su parte pertinente señala: «El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo» (Subraya la Sala).*

*“De acuerdo con tal disposición, existe una fecha exacta máxima para que el empleador efectúe la consignación respectiva y, en el evento de no hacerlo, a partir del día siguiente se causa la sanción moratoria por el incumplimiento de esa obligación a su cargo. En esa dirección, el término legal de tres años con que cuenta el interesado para reclamar su pago, conforme al artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, empieza a correr desde el momento en que se origina su omisión.*

*“Al respecto, la Corte en CSJ SL, 1º feb. 2011, rad. 35630, reiterada en CSJ SL2512-2020 y en CSJ SL3858-2020, sobre el particular precisó:*

*“El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.*

*“La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.*



“Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.”

En ese orden de ideas se debe revocar la absolución de la sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Para tal efecto, se debe tener en cuenta que la demanda se presentó el 1º de septiembre de 2017, siendo notificada la accionada el 15 de febrero de 2018, motivo por el cual se encuentra prescrita la sanción causada con anterioridad al 1º de septiembre de 2014, por lo cual se emitirá condena por los siguientes períodos:

FECHA INICIO	FECHA FINAL	DIAS MORA	SALARIO	TOTAL
15-feb-15	14-feb-16	360	\$ 2.500.000	\$30.000.000
15-feb-16	14-feb-17	360	\$ 2.500.000	\$30.000.000
15-feb-17	14-jul-17	150	\$ 2.500.000	\$12.500.000
TOTAL				\$72.500.000

**e. Indemnización por despido sin justa causa:**

Aduce la parte recurrente que por pasiva no se acreditó que la trabajadora haya renunciado, y de lo aseverado por la accionante en el interrogatorio de parte y por el señor DANILO CÁRDENAS LESMES, es procedente emitir condena.

Al respecto, debe decirse que para que proceda dicha indemnización, es conocido que la carga probatoria de demostrar el despido corresponde al trabajador, en tanto que estará a cargo del empleador la demostración de la justeza del mismo. Por ende, no le asiste razón a la parte recurrente al referir que por pasiva no se



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

acreditó que haya existido renuncia, pues en todo caso, la parte demandante tiene la carga probatoria de acreditar el hecho del despido.

Igualmente, no es dable acreditar el hecho del despido con el interrogatorio de parte de la demandante, en tanto tal como lo refirió la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL034-2022, Radicación No. 77300 del 18 de enero de 2022, *“no es dable tomar sus propios dichos como probanza de los derechos que están en controversia, pues «en términos de lógica y de derecho, ninguna de las partes puede elaborar su propia prueba, salvo las precisas y taxativas excepciones previstas por el legislador» (CSJ SL1744-2021, CSJ SL469-2019, CSJ SL1516-2018)”*.

Finalmente, el señor DANILO CÁRDENAS LESMES, representante legal de la accionada, en manera alguna confesó la existencia del despido, y no se acreditó el mismo con las restantes pruebas documentales aportadas al plenario.

Como corolario de lo anterior, al no acreditarse el hecho del despido le asistió razón al *a-quo* al absolver de la indemnización por despido injusto.

Así las cosas, la decisión de primer grado se revocará parcialmente. **SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral séptimo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021, para en su lugar condenar a la CLÍNICA ANTIGUO COUNTRY S.A.S. al pago de \$72.500.000, por concepto de sanción por la no consignación del auxilio de cesantías, en el período comprendido entre el 15 de febrero de 2015 y el 14 de julio de 2017.

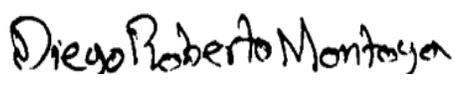
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia de primera instancia.

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

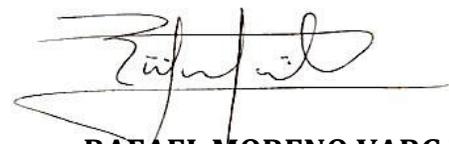
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 15 2019 00132 02  
Demandante:                        MELANIE TRIANA SALAZAR  
Demandado:                         BANCO DE LA REPÚBLICA  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1. DE LA DEMANDA:**

La señora MELANIE TRIANA SALAZAR promovió demanda ordinaria laboral en contra del BANCO DE LA REPÚBLICA con la finalidad que se declare la existencia de un contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2006 y el 25 de febrero de 2013.

Asimismo, se declare sin efecto alguno la terminación unilateral del contrato de trabajo que la entidad financiera finalizara por justa causa, según comunicación entregada el 20 de febrero de 2013, la cual se efectivizó a partir del 25 de febrero de 2013.

Por consiguiente, se condene a la encartada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, indemnización de perjuicios de orden moral por el finiquito de la relación sin justa causa, lo que resulte probado *ultra y extra petita*,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

indexación, costas procesales, así como que se le ordene al extremo encartado cancelar las anotaciones, correcciones o modificaciones que se hayan efectuado ante los organismos de control disciplinario.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se vinculó al BANCO DE LA REPÚBLICA como Practicante de la Unidad de Investigaciones de la Unidad Técnica por el periodo comprendido entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2004, así como que entre el 3 de marzo y el 30 de diciembre de 2005 se llevó a cabo vinculación con la Empresa de Servicios Temporales HUMANOS desempeñando el cargo de Analista de la Editorial de la Unidad de Investigación de la Gerencia Técnica.

Que a partir del 10 de enero de 2006 suscribió contrato de trabajo a término fijo con el BANCO DE LA REPÚBLICA a efectos de desempeñar el cargo de Profesional Junior de la Unidad de Investigación de la Gerencia Técnica con una retribución salarial mensual de \$4.488.475.26, sin que hubiese sido objeto de llamado de atención alguno, tanto así que ante el buen desempeño y resultados positivos por su gestión, la entidad financiera determinó que a partir del 14 de septiembre de 2007 suscribiría un otrosí al contrato a efectos que la modalidad contractual fuese a término indefinido.

Adujo que en vigencia de su contrato de trabajo y a efectos de realizar trámites bancarios y universitarios, atendiendo los manuales y protocolos correspondientes, solicitó ante la Dirección General de Gestión Humana varias certificaciones laborales, siendo enfática en relatar que la certificación del mes de junio de 2010, donde constaba su cargo y salario, se utilizó para adelantar trámites financieros ante la Cooperativa Financiera de Ahorro FINPAL.

Que la mencionada certificación le fue entregada a su padre AMILKAR TRIANA para que adelantara un préstamo ante la referida Cooperativa, crédito respecto del cual actuaría en calidad de deudora, por lo que en el mes de julio de 2010 diligenció el formato de préstamo ante la Cooperativa Financiera, dejando el



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

trámite correspondiente en manos de su padre ya que se encontraba en vacaciones.

Adujo que, en caso de aprobación del préstamo, autorizó que este le fuese entregado por parte de la Cooperativa a la señora NANCY BENAVIDES CRUZ, quien es la cónyuge de su padre, al igual que teniendo desconocimiento del trámite que venía adelantando la Cooperativa con la finalidad de confrontar la respectiva información, remitió vía fax y con destino del BANCO DE LA REPÚBLICA la certificación laboral expedida, a lo cual un estudiante de práctica del banco y de la misma dependencia de Gestión Humana, informó que la certificación laboral al ser verificada no correspondía a la verdaderamente expedida.

Fue por ello que la Unidad de Control Disciplinario del BANCO DE LA REPÚBLICA determinó la iniciación de la investigación disciplinaria a través de auto adiado el 8 de abril de 2011, pero sin haber conocido el original de la certificación objeto de reproche, proceso que se llevó a cabo sin pruebas idóneas, en especial la garantía a la presunción de inocencia, como quiera que siempre se presumió su culpabilidad como responsable y autora material de la modificación de la certificación laboral, actuar que no fue demostrado.

Que la prueba técnica llevada a cabo por parte del Banco a través del perito experto se hizo sobre fax enviado, mas no sobre el original cuestionado, aunado a que el perito grafólogo realizó un estudio documental que no repercute sobre el banco.

Recalca que con ocasión al procedimiento disciplinario adelantado, en decisión del 14 de noviembre de 2012 la encartada le endilgó responsabilidad subjetiva como directa responsable de la alteración del documento, lo que le conllevó a la aplicación de una sanción correspondiente a la destitución e inhabilidad general, argumentada en una falsificación de documento privado en los términos de que tratan 287 y 280 del Código Penal, situación por la que luego de interponerse recurso de apelación, la Sub Gerencia General de Servicios Corporativos en sede de segunda instancia confirmó la decisión primigenia el 21 de enero de 2013,



incluso compulsando copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para la investigación de las conductas penales formuladas.

Que, como consecuencia de lo anterior, mediante comunicación DGGH-0012 del 20 de febrero de 2013 le fue informada la decisión de destitución e inhabilidad a partir del 26 de febrero de 2013, siéndole cancelado así su contrato de trabajo sin justa causa, y el 22 de febrero de 2013 la Unidad de Control Disciplinario Interno compulsó las copias a la Fiscalía, comunicándose a su vez tal situación al Registro de Sanciones Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación.

Que en el curso de la investigación disciplinaria no se le garantizó el derecho a ser asistida por los representantes del sindicato existente en el Banco, que la investigación penal ante la Fiscalía General de la Nación le correspondió a la Unidad Primera de Fe Pública y Patrimonio, Fiscalía Seccional 124 con radicación No. 11001600004920130511 ordenando pruebas, donde además se menciona que el BANCO DE LA REPÚBLICA a pesar de haber sido requerido no aportó la certificación laboral a que hace referencia los escritos ni las pruebas requeridas.

Que mediante escrito del 28 de noviembre de 2013 la Fiscalía Seccional 124 consignó *“situación que claramente demuestra el desinterés del afectado en resultado de la investigación”*, procediéndose al archivo de las diligencias por falta de interés, como quiera que no se reunían los elementos objetivos del tipo (atipicidad objetiva porque no es la solicitud del objeto material), conllevando esto a que se ordenaran las notificaciones a las partes y el archivo de las diligencias sin oposición alguna.

Por último, mencionó que mediante comunicación de calenda 16 de febrero de 2016, radicada el día 12 de febrero de 2013 ante el BANCO DE LA REPÚBLICA, se solicitó el pago de la indemnización de carácter legal, convencional, la sanción moratoria y los perjuicios por el finiquito de la relación laboral, aspectos que conducen a que se haya interrumpido la prescripción, solicitud que fue negada con el argumento que el contrato de trabajo fue finalizado por justa causa.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

El BANCO DE LA REPÚBLICA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra con el argumento que, la accionante estuvo sujeta a una investigación disciplinaria como consecuencia de la realización de una conducta enmarcada dentro de las faltas gravísimas contempladas en los artículos 48 de la Ley 734 de 2002, la cual culminó con su destitución e inhabilidad para ejercer cargos públicos por un periodo de diez años, sanción que conlleva necesariamente a la terminación de su contrato de trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la referida normatividad.

Que en lo que concierne a la presunta certificación laboral adulterada, afirmó el extremo accionante que la certificación laboral a la que la actora hace referencia le fue entregada de manera personal, de ahí que haya solicitado el crédito a la empresa FINPAL para su propio beneficio y fueron los señores AMILKAR HEBERTO TRIANA SALAZAR y NANCY YOLIMA BENAVIDES CRUZ quienes actuaron como codeudores de dicho trámite tal y como lo afirmó la misma demandante.

Refirió que FINPAL se comunicó con el Banco a efectos de verificar la información de la certificación suministrada por la demandante como soporte de su solicitud de préstamo, y al indagar sobre el certificado DRH20883 del 10 de agosto de 2010, se encontró la primera inconsistencia relacionada con la fecha de expedición la cual era del 29 de junio de 2010, por lo que ante esa situación el funcionario del Banco procedió a confrontar la información restante encontrando diferencias en el salario, cargo y promedio mensual devengado.

En lo que concierne al proceso disciplinario, fue conteste la encartada en señalar que en todo momento se respetó el debido proceso de la trabajadora, incluyendo las pruebas practicadas en todas las instancias.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de título y causa y cobro de lo no debido, decisión de autoridad competente, acreditación de una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, compensación y genérica.

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



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 30 de agosto de 2021 declaró que entre la señora MELANIE TRIANA SALAZAR y el BANCO DE LA REPÚBLICA existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2006 y el 25 de febrero de 2013, en virtud del cual la demandante desempeñó como último cargo el de Profesional de la Unidad de Investigaciones de la Gerencia Técnica, con un salario básico de \$2.993.802.

Igualmente, absolvió al BANCO DE LA REPÚBLICA de todas las pretensiones formuladas en su contra, condenando en costas a la demandante en la suma de un S.M.L.M.V.

Para arribar a dicha conclusión manifestó el fallador de instancia que, conforme a la Constitución Política el BANCO DE LA REPÚBLICA desarrolla las funciones de Banca Central con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, así como que se debía tener en cuenta la naturaleza jurídica de las personas vinculadas a este ente, siendo enfático en reseñar el artículo 38, literal b) de la Ley 31 de 1992, y que los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio de que trata la norma en mención, en los estatutos, en el reglamento interno de trabajo, convenciones colectivas, contratos de trabajo y en general las disposiciones del C.S.T. que no contengan las normas especiales de la mentada norma; circunstancia por la cual, los trabajadores gozan la calidad de servidores públicos sujetos a régimen disciplinario y se rigen en materia laboral como si fuesen empleados del sector privado.

Que, en lo atinente a los extremos de la última vinculación laboral, tuvo como verdadero contrato de trabajo el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2010 y el 25 de febrero de 2013, bajo la modalidad de término indefinido, definiendo además que el salario básico realmente devengado por la actora fue la suma de \$2.993.802.

Seguidamente, al analizar la excepción de prescripción adujo que según lo preceptuado en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 y 489 del C.S.T., la demandante culminó su contrato de trabajo el 25 de febrero de 2013, teniendo



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

así plazo hasta el 24 de febrero de 2016 para elevar la reclamación, aspecto que se llevó a cabo el 17 de febrero de 2016, interrumpiéndose allí la prescripción por una sola vez para que empezara a correr de nuevo el término prescriptivo, y al haberse dado respuesta de la reclamación para el mes de marzo de 2016, la misma se suspendió, por lo que al presentarse la demanda el 18 de febrero de 2019 no operó fenómeno prescriptivo alguno.

Que en lo que respecta a la terminación del contrato de trabajo, manifestó que no fue motivo de discusión que a la demandante luego de adelantársele una investigación disciplinaria por parte de la Unidad de Control del Banco se le declaró responsable disciplinariamente mediante fallo del 14 de noviembre de 2012, decisión respecto de la cual, luego del recurso de apelación que interpusiera la actora, fuera confirmada en segunda instancia por la Sub Gerencia Administrativa el día 21 de enero de 2013.

Al unísono el *a-quo* decidió que no podía adentrarse al estudio de los actos administrativos de la sanción disciplinaria impuesta a la demandante, pues lo único que como Juez laboral puede analizar es que la imposición de la sanción disciplinaria constituya o no justa causa para la terminación del contrato de trabajo, toda vez que lo que versa a la legalidad, trámite y demás aspectos del mentado proceso disciplinario, es clara la Ley 734 de 2002 y el C.P.A.C.A. en precisar que al tratarse de actos administrativos la competencia para conocer ese asunto le corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, conforme lo han adoctrinado postulados jurisprudenciales.

Que por tal razón, al haber sido claro el artículo 45 de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario hoy subrogado y reemplazado por la Ley 1952 de 2019, pero vigente para el momento de los hechos de la imposición de la sanción a la demandante, que la destitución e inhabilidad implica la terminación del contrato de trabajo, es la misma ley la que establece que como consecuencia de una sanción proceda una destitución y, especialmente la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, de ahí que ese aspecto sea una consecuencia natural de la terminación del contrato de trabajo, lo que conlleva a su vez a que esa disposición se hubiese usado en legal orden por el BANCO DE LA REPÚBLICA, máxime si se tiene en cuenta que la inhabilidad no se ha demandado ante la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

jurisdicción contenciosa administrativa, situación por la que goza de una presunción de legalidad.

Por último, argumentó que ante la inhabilidad impide el ejercicio de funciones públicas que desempeñaba la actora, era imposible jurídicamente que pudiese seguir desempeñando el empleo. También que al encontrarse ajustada a derecho la terminación, no habría lugar al pago de las pretensiones de carácter condenatorio.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Argumentó en su alzada que si bien es acertada la consideración respecto a la calidad que ostentan los trabajadores vinculados al BANCO DE LA REPÚBLICA, lo cierto es que, con relación al proceso disciplinario, no se demostró la presunta conducta que le fuese imputada, pues lo que allí se argumentó fue una posible falsedad de un documento que nunca fue aportado, conocido o discutido.

Que bajo ese escenario, la accionada no cumplió con la demostración de los hechos y la conducta endilgada, por lo que, a pesar de haberse adelantado el trámite disciplinario bajo los principios del Código Disciplinario aplicable a los servidores públicos, no se tuvo en cuenta los vacíos generados dentro del proceso disciplinario, como tampoco el *in dubio pro operario* ni el *in dubio pro disciplinado*.

Finalmente, precisó que el BANCO DE LA REPÚBLICA emitió una copia con destino a la Fiscalía General de la Nación para que se investigara un posible delito de falsedad, sin que demostrara el interés correspondiente, lo que hizo que la decisión adoptada por el ente Fiscal de dejar sin efecto el archivo de las diligencias por atipicidad del delito sobre la presunta falta imputada y que fue tomada en cuenta para la cancelación de su contrato de trabajo, no se acreditase dentro de este proceso que ocupa a la Sala.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si el contrato de trabajo que ató a las partes en contienda, fue finalizado sin justa causa por parte del BANCO AGRARIO DE LA REPÚBLICA.

De prosperar el anterior problema jurídico, la Sala se adentrará al estudio de las pretensiones de carácter condenatorio tales como el reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T., pago de perjuicios morales e indexación.

**c. Del caso en concreto:**

Previo al análisis de fondo de asunto que aquí ocupa a la Sala, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que entre la demandante señora MELANIE TRIANA SALAZAR y el BANCO DE LA REPÚBLICA existió un contrato de trabajo a término indefinido por el periodo comprendido entre el 10 de enero de 2010 y el 25 de febrero de 2013, en desarrollo del cual la actora desempeñó como último cargo el de Profesional con una retribución salarial básica mensual en la suma de \$2.993.802; prueba de ello lo es la copia de la liquidación final de sus prestaciones sociales, la certificación laboral emanado por la encartada el día 10 de julio de 2019 y el contrato de trabajo (Fls. 28 a 29, 69, 204 a 205).

Ahora bien, en lo que respecta al BANCO DE LA REPÚBLICA, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Decreto 2520 de 1993, se constituye en una persona jurídica de derecho público cuyo funcionamiento gira en torno a un organismo estatal de rango constitucional, con régimen propio, de naturaleza propia y especial, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, de ahí que ejerza las funciones de banca central en atención de las regulaciones contenidas



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

en la Constitución Política, la Ley 31 de 1992 y demás normas aplicables, así como en los estatutos de la entidad.

Vale la pena anotar que, en lo referente a la organización de su mismo personal, el artículo 46 de sus estatutos dispone:

***“Artículo 46. Naturaleza de los empleados del Banco.*** *Las personas que bajo condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las leyes, decretos y contratos vigentes, son trabajadores al servicio de dicha entidad, clasificados en dos categorías, como enseguida se indica:*

*a) Con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, los demás miembros de la Junta Directiva tienen la calidad de funcionarios públicos de la banca central y su forma de vinculación es de índole administrativa.*

*El régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos de la banca central será establecido por el Presidente de la República;*

*b) Los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio establecido en la Ley 31 de 1992, en estos Estatutos, en el reglamento interno de trabajo, en la Convención Colectiva, en los contratos de trabajo y en general a las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo que no contradigan las normas especiales de dicha ley y estos Estatutos.*

*“Las relaciones laborales entre el Banco de la República y sus trabajadores continuarán siendo contractuales y rigiéndose por el Código Sustantivo del Trabajo con las modalidades y peculiaridades que se derivan de su carácter de empleados del Banco de la República, que se expresan dentro de las normas que constituyen el Régimen Jurídico del Banco, descrito en los presentes Estatutos. Las relaciones entre el Banco y sus pensionados continuarán igualmente regulándose por el Código Sustantivo del Trabajo, con las modalidades y peculiaridades del mismo régimen jurídico del Banco.*

Lo anterior implica que, a diferencia de los miembros de la Junta Directiva, las personas que presten servicios al BANCO DE LA REPÚBLICA se sujetarán a la aplicabilidad del C.S.T., pero con las características que ostentan por ser empleados del Banco, como es el hecho de ser disciplinables en los términos del Código Disciplinario Único.

Al respecto, es pertinente traer a colación lo determinado por la Corte Constitucional en la sentencia C-431 de 1996 donde expuso:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“El artículo 38 de la Ley 31/92 definió la naturaleza jurídica de las relaciones de trabajo entre el Banco y sus servidores, en el sentido de que las personas que bajo las condiciones de exclusividad o subordinación laboral desempeñan labores propias del Banco de la República, u otras funciones que al mismo le atribuyen las leyes, decretos y contratos vigentes, son trabajadores clasificados en dos categorías: con excepción del Ministro de Hacienda y Crédito Público, los demás miembros de la Junta Directiva tienen la calidad de funcionarios públicos y su forma de vinculación es de índole administrativa; los demás trabajadores del Banco continuarán sometidos al régimen laboral propio consagrado en dicha ley, en los estatutos del Banco, en el reglamento interno de trabajo, en la convención colectiva, en los contratos de trabajo y en general a las disposiciones del Código Sustantivo de Trabajo que no contradigan las normas especiales contenidas en la referida ley”.*

En tal sentido, si bien es cierto y como lo determinó el fallador de instancia, al estar vinculados los trabajadores al servicio del BANCO DE LA REPÚBLICA a través de contrato de trabajo, esa situación en ningún momento los excluye del Código Disciplinario Único.

Sobre el particular la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1981-2019, Radicación No. 58919 del 29 de mayo de 2019, ha realizado un arduo y claro entendimiento de las aplicaciones propias de los trabajadores regidos a través de contrato de trabajo, en especial la situación de intención del Legislador para determinar la importancia de imposición del Código Disciplinario Único en las relaciones laborales de trabajadores de carácter particular ante la égida del C.S.T. En dicha providencia la Corte Suprema de Justicia, estimó:

*“[...] acorde con lo explicado por la Corte Constitucional, el hecho de que los trabajadores del Banco de la República se encuentren vinculados, mediante contrato de trabajo, regulado por el Código Sustantivo, no los excluye de la aplicación del Código Disciplinario Único, a efectos de asegurar la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia, que le son exigibles a todos los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los servicios a su cargo, precisamente, porque dichos trabajadores, cumplen funciones públicas, connaturales al Estado, como lo es el ejercicio de la banca central, catalogado como servicio público esencial, desarrollado por una persona jurídica de derecho público, ubicado dentro de la estructura del Estado, como un ente autónomo de rango constitucional”.*

*“[...]”*



*“Acorde con lo anterior, no es cierto que una falta cometida por un trabajador del Banco de la República, vinculado a través de contrato de trabajo, no pueda ser investigada y sancionada, de conformidad con los parámetros del estatuto disciplinario común a los servidores públicos, pues en razón a que cumple funciones públicas, importantes para la sociedad en general, de llegar a configurarse las conductas tipificadas como tal en el compendio normativo que regula la función disciplinaria, debe responder por las afectaciones que pueda ocasionar al interés superior; de suerte que ese aspecto no puede quedar al arbitrio de las partes, en la medida que, como lo resaltó la Corte Constitucional, el régimen disciplinario público tiende a proteger valores sociales y estatales, sin los cuales el Estado no cumpliría sus funciones.*”

*“Cuestión diferente es, que las conductas constitutivas de justas causas previstas en el Código Sustantivo de Trabajo, en el reglamento interno o la Convención Colectiva, que son aplicables a los trabajadores del Banco de la República, por así disponerlo el artículo 38 de la Ley 31 de 1992, que autorizan al empleador a terminar unilateralmente el contrato de trabajo, para su ejercicio, deban estar sometidas al régimen de investigación y procedimiento del Código Disciplinario Único”.*

*“[...]*

*“Pero falta precisar, si en virtud de esa remisión al régimen sustantivo del trabajo y el poder disciplinario que recae en los servidores del banco, quedan excluidas facultades propias del empleador de mantener su entorno laboral. Por esa razón, la Corte hizo una distinción entre el proceso disciplinario regulado por el estatuto aplicable a los servidores públicos y las conductas cuestionadas por el empleador propias de un contrato de trabajo.*”

*“En sentencia CSJ 28 agos. 2003, rad. 21120, reiterando la decisión CSJ 25 nov. 2002, rad. 18823, la Sala sostuvo, que las normas disciplinarias públicas, no tuvieron la intención de reemplazar o derogar las que regulan las justas causas de despido aplicables tanto a trabajadores oficiales como a quienes están regidos por el Código Sustantivo del Trabajo”.*

*“[...]*

***“Entonces, si los trabajadores del Banco de la República, se encuentran sometidos a una relación de trabajo subordinada, regida por un contrato de trabajo, conforme a las normas del Código Sustantivo, por así estipularlo el artículo 38 de la Ley 31 de 1992, lo relacionado con las formas de terminación del vínculo, se rigen igualmente por dicho compendio normativo, y no necesariamente por otras disposiciones especiales, tales como el Código Disciplinario Único”.***

*“[...]*

*“Lo anterior, en razón a que una cosa es el control disciplinario cuya cabeza principal se encuentra en la Procuraduría General de la Nación, para asegurar el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de quienes*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*cumplen funciones connaturales al Estado, y otro las relaciones contractuales entre empleador y trabajador, marcadas por la subordinación jurídica, en las que existen prohibiciones y deberes, cuyo desconocimiento, no siempre encuentra respuesta en el régimen disciplinario de los servidores públicos, debido a su especificidad y a la separación que el legislador consagró al permitir que su estructura y funcionamiento, en donde encajan las relaciones laborales, tuvieran una regulación propia”.*

Atendiendo todo lo dicho, es menester resaltar que el Juez *a-quo* en su motiva adujo que no se adentraría al estudio de los actos administrativos mediante los cuales el BANCO DE LA REPÚBLICA impuso sanción disciplinaria a la aquí demandante, por cuanto lo único que como Juez laboral podía analizar era que la imposición de la sanción disciplinaria constituyera o no justa causa para la terminación del contrato de trabajo, en el entendido que lo circunscrito a la legalidad, trámite y demás aspectos del proceso disciplinario, por tratarse de actos administrativos, la competencia es de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa a la luz del mismo Código Único Disciplinario y el C.P.A.C.A.

También sopesó su decisión en el hecho que según lo regula el artículo 45 de la Ley 734 de 2002, la destitución e inhabilidad implica la terminación del contrato de trabajo, por lo que es la misma ley que determina que con ocasión de una sanción proceda una destitución e inhabilidad para el desarrollo de funciones públicas, entendiéndose así ese puntualísimo aspecto como una consecuencia natural para la terminación del contrato de trabajo.

Así las cosas, contrario a lo decidido por el fallador de instancia, la Sala puede colegir que, atendiendo los postulados legales y jurisprudenciales que envuelven la organización del BANCO DE LA REPÚBLICA, junto con su potestad nominadora y jerárquica para la contratación de personal, en especial aquellos trabajadores regulados por medio de contrato de trabajo y por ende regidos por el C.S.T., el hecho que el Banco le hubiese puesto fin a su contrato de trabajo a través de un procedimiento disciplinario regulado propiamente en el Código Disciplinario Único de la época, esto es, la Ley 734 de 2002, tal aspecto no es impedimento para que el juez laboral realice un estudio sobre la existencia de la conducta endilgada, de conformidad con lo regulado en el C.S.T., escenario que, como se reitera, no fue llevado a cabo por el *a-quo* y que es precisamente el motivo de la alzada.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Nótese que el argumento principal de defensa del extremo accionante es el hecho que la conducta imputada no logró ser demostrada como quiera que no se argumentó la existencia de la presunta falsedad del documento endilgado, existiendo así vacíos dentro del trámite disciplinario.

En tal sentido, a juicio de la Sala lo que debió realizar el fallador de instancia fue adentrarse a determinar si en efecto la conducta endilgada a la actora para el finiquito contractual se encontraba enmarcada como una causal justa de finalización de la relación laboral.

Al respecto, se itera que el reproche principal de la apelante en el recurso de alzada que ocupa a la Sala gravita en torno al hecho de una falta demostrativa de la presunta falsedad de documento que se le endilga y vacíos dentro del procedimiento disciplinario, pero sin que en la apelación se haya enfatizado cuáles fueron las razones por las que conlleva a concluir que la conducta endilgada por la adulteración de la certificación laboral hubiese sido contraria a las pruebas recaudadas dentro del procedimiento administrativo.

Pues bien, frente al primer tópico, es decir, la presunta demostración de la falsedad del documento, se aprecia que el BANCO DE LA REPÚBLICA a través de la Unidad de Control Disciplinario adelantó procedimiento disciplinario a la demandante con radicación No. 2010-031, por lo que, en auto adiado el 28 de septiembre de 2010, procedió dar apertura de la indagación preliminar de conformidad con lo establecido en el artículo 150 de la Ley 734 de 2002, basado en la presunta modificación del contenido de la certificación laboral DRH – 20883 del 29 de junio de 2010, la cual fue presentada ante la Cooperativa de Financiación Personal FINPAL con fecha 10 de agosto de 2010 (Fls. 76 a 78).

En esa indagación preliminar se tuvo como soporte de apertura las circunstancias que gravitan en torno a que la Sub Directora de Asuntos Laborales y Pensionales del Departamento de Recursos Humanos del Banco, con memorando confidencial DRH – 2117 del 3 de septiembre de 2010 puso en conocimiento que el día 12 de agosto de 2010 se recibió una llamada por parte de JEIMY NÚÑEZ, funcionaria de FINPAL, en el *Call Center* del Centro de Atención al Cliente del Departamento de Recursos Humanos, la cual fue atendida por ROGER MAURICIO CUELLAR



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

GARZÓN, quien se desempeñaba para la época como estudiante en práctica de dicho Departamento.

El objeto de la referida llamada era que la funcionaria de FINPAL validara los datos de una certificación laboral recibida y que contenía los datos de la trabajadora aquí accionante en el cargo de Profesional de la Unidad de Investigaciones, en la que se mencionó que la fecha de la certificación que fue entregada en las dependencias de FINPAL calendaba del 10 de agosto de 2010, por lo que el señor ROGER MAURICIO procedió a buscar en el servidor, sin encontrar certificación alguna expedida en ese mes a nombre de la actora, aspecto que conllevó a que le solicitara a la funcionaria de FINPAL el número de radicación de la misma, a lo cual se comprobó que ciertamente se le había expedido una certificación laboral a la demandante con el número que se le suministró telefónicamente, pero sin que coincidiera la fecha de expedición con la dictada por JEIMY NÚÑEZ.

Que luego de confrontada la información con los respectivos encargados del Centro de Atención al Cliente, se le solicitó a la funcionaria de FINPAL, señora YEIMY NÚÑEZ enviara vía fax la respectiva certificación, lo que sobrellevó a que se pudieran constatar las diferentes fechas entre uno y otro documento, el valor del salario, el ingreso promedio mensual proyectado, evidenciándose que tal dato se consignaba en la certificación expedida por el Banco y no en la enviada por Fax, así como el cargo, sin que se examinara error por parte del Banco ya que durante esa anualidad a la demandante tan solo se le habían expedido las certificaciones DRH - 19012 del 20 de abril de 2010 y la DRH - 20883 del 29 de junio de 2010.

Por tal razón, el BANCO DE LA REPÚBLICA en auto del 8 de abril de 2011, dispuso abrir investigación disciplinaria a la aquí accionante señora MELANIE TRIANA SALAZAR (Fls. 319 a 327).

Posteriormente, en decisión del 14 de noviembre de 2012 y luego de valoradas en conjunto el total de probanzas allegadas en el transcurrir del expediente administrativo, el Banco decidió sancionar disciplinariamente la conducta endilgada a la trabajadora por considerarse que había quedado plenamente acreditado que el contenido de la certificación laboral DHR - 20883 del 29 de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

junio de 2010 había sido alterada con relación a la certificación laboral de fecha 10 de agosto de 2010 que se presentara en FINPAL para la asignación de un crédito, puesto que era palmario el cambio de información respecto del salario, el cargo desempeñado y la fecha de su expedición (Fls. 626 a 648), lo que demostraba a su vez una notoria afectación de la información errónea que presuntamente el Banco le había entregado para fines personales, máxime si había quedado plenamente acreditado que el formulario de solicitud del crédito en FINPAL había sido diligenciado por la demandante en su calidad de deudora principal, acciones todas que conducían a la aplicabilidad del numeral 1º del artículo 40 de la Ley 734 de 2002.

La anterior decisión, luego que se apelara por la demandante, se conoció en sede de segunda instancia por la Subgerencia General de Servicios Corporativos, la que, en decisión del 21 de enero de 2013, concluyó confirmar la sanción disciplinaria por encontrarse plenamente la conducta endilgada (Fls. 688 a 697).

Así las cosas, confrontados los medios de convicción analizados por el Banco para adoptar la decisión sancionatoria de la conducta, puede colegir la Sala de una parte, que en todo momento a la actora se le respetó el debido proceso dentro del procedimiento, tanto así que rindió versión libre, allegó las pruebas que estimó pertinentes para su defensa, las cuales se practicaron en legal forma, sin que se apreciara motivación de irregularidades dentro de las diferentes etapas regladas.

En este punto, la Sala aprecia como aspecto trascendental que motivó la decisión, el hecho que en efecto obra la certificación DRH – 20883 del 29 de junio de 2010 que aduce el Banco como fidedigna en cuanto a su expedición (Fl. 101), la cual además de la fecha de expedición mantiene tópicos trascendentales en su contenido para la conducta endilgada a la actora como se describen a continuación:

- \_ Devenga un sueldo mensual de \$2.586.158.00.
- \_ Su promedio mensual de ingresos proyectados es de \$3.663.724,00.
- \_ En la actualidad desempeña el cargo de Profesional en la Unidad de Investigaciones.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Ahora, confrontada la certificación DRH – 20883 del 10 de agosto de 2010 que fue presentada ante la entidad financiera FINPAL (Fl. 130), en contraste a la ya enunciada del 29 de junio de 2010, presenta la siguiente información:

- \_ Devenga un sueldo un sueldo mensual de \$2.386.158.00.
- \_ En la actualidad desempeña el cargo de Profesional Junior en la Unidad de Investigaciones.

Como se denota de las transcripciones precedentes, es vidente la serie de inconsistencias que denota una y otra certificación, como lo es el hecho que la certificación expedida por el Banco determina un sueldo distinto y superior al relacionado en la certificación que se presentara a FINPAL, no contiene un promedio de ingresos mensuales proyectados y no se establece el cargo realmente devengado por la accionante.

Ese trascendental suceso fue incluso aceptado por la actora en la versión libre que rindió el día 23 de noviembre de 2010 (Fls. 156 a 158) quien, a pesar de no haberse atribuido la falsificación de la certificación, sí expuso que la certificación laboral presentada en la entidad financiera FINPAL no era la que emitiera el Banco, argumentando en sus dichos que esta última había sido presentada a FINPAL por la señora NANCY BENAVIDES CRUZ, cónyuge de su padre AMILKAR HEBERTO TRIANA POVEDA, en razón a un crédito financiero que se solicitaba, en el que la accionante fungiría como deudora principal.

De tal manera, que se encuentra plenamente acreditado el uso de un documento que no correspondía con la certificación que emitirá el Banco, conducta reprochable por la cual se adelantó el respectivo proceso disciplinario, en el cual se concluyó la comisión de la misma y se impuso como sanción por la Unidad de Control Disciplinario Interno, en decisión del 14 de noviembre de 2012, la destitución del cargo (Fls. 626-648); la que fuera confirmada en segunda instancia por la Subgerencia General de Servicios Corporativos el 21 de enero de 2013 (Fls. 688-697), y que además se dispuso la terminación del contrato en el memorando del 20 de febrero de 2013 (Fl. 30), en el cual se le informó que la sanción se haría efectiva a partir del 26 de febrero de 2013.



De tal manera que la terminación del contrato de trabajo operó frente a la conducta de haber presentado un documento alterado, la cual se configura en justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, toda vez que al tratarse la demandante de una trabajadora del BANCO DE LA REPÚBLICA, era su deber que al cumplir funciones públicas importantes para la sociedad, no desorbitara a presentar una certificación laboral alterada, lo cual conduce a un actuar impropio que va en contravía de las políticas del Banco, más aún si como ya se dijo, fue ella misma quien advirtió que fungía como titular de la obligación que se pretendía adquirir supuestamente a beneficios de terceros.

Aunado a lo anterior, dicha conducta se encasilla en la justa causa estipulada en el numeral 1º del artículo 62 del C.S.T., el cual consagra como tal *“El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido”*, ello en tanto mediante la presentación del documento alterado, y que dio origen al proceso disciplinario, se pretendía obtener un provecho indebido al presentar ante un tercero datos inexactos de la relación laboral.

Por último, la Sala advierte que a pesar que la demandante expuso en su apelación que el BANCO DE LA REPÚBLICA ante la sanción disciplinaria impuesta dispuso remitir copia con destino a la Fiscalía para que fuese investigado un posible delito de falsedad, quedando archivadas las diligencias ante la falta de interés del Banco para su correspondiente trámite, tal aspecto no demerita la configuración de la justa causa, en tanto la conducta reprochada se acreditó al interior del proceso disciplinario y de las pruebas recabadas dentro del presente proceso.

Conforme a todo lo expuesto, concluye la Sala que por pasiva se acreditó la configuración de la justa causa que le fuera endilgada, motivo por el cual la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse, pero en atención a las consideraciones que motivaron la presente decisión.

**SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## V. DECISIÓN



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**

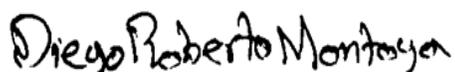
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 30 de agosto de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en atención a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

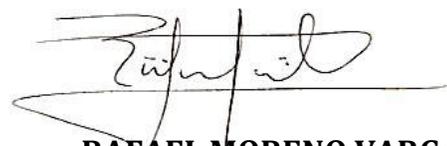
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    11001 31 050 20 2019 00 762 01  
Demandante:                         MARTHA CECILIA DIAZ PEÑA  
Demandado:                         COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía 1.014.196.194 y T.P. 276.516, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

La señora MARTHA CECILIA DÍAZ PEÑA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de la citada AFP, fundamentada en contener elementos de vicio del consentimiento en el contrato suscrito, así como en la omisión de información al momento del traslado de régimen.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia que se ordene a PROTECCIÓN S.A. anular la afiliación realizada el 1º de noviembre de 2006, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos correspondientes; asimismo que COLPENSIONES acepte dichos dineros y registre la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad desde 1º noviembre de 2006.

Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado con PROTECCIÓN S.A y condenar a dicha AFP a trasladar todos los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

### **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Sostiene la accionante como fundamento de sus pretensiones que nació el 12 de marzo de 1966, que estuvo afiliada al ISS desde el 1 de febrero de 1985 realizando una cotización de 411,57 semanas por medio de distintos empleadores, sin embargo, el 19 de septiembre de 2006 suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. cuando laboraba con la empresa “Coasesores” cotizando hasta el 30 de julio de 2019 completando 568,71 semanas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Seguidamente expone que al momento del traslado el asesor de PROTECCIÓN S.A. no le proporcionó información clara y precisa sobre los riesgos, características y desventajas de cada régimen, los requisitos para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la destinación de sus aportes a una cuenta de ahorro individual, la utilización de la expectativa de vida para determinar el monto de su pensión, como sus aportes se destinarían para la financiación de primas de seguro con el fin de cubrir las contingencias de invalidez y muerte y como eso afectaría en su pensión, la prohibición legal para trasladarse antes de que le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión y el monto de su pensión cuando lo solicitó a PROTECCIÓN S.A. el 28 de junio de 2019.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias, pues considera que no existe prueba que acredite que a la demandante se le haya inducido al error o viciado el consentimiento al momento de trasladarse; por el contrario, la suscripción del formulario de afiliación fue libre y voluntaria. Asimismo, que no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 a efectos de trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional; finalmente, que COLPENSIONES no participó en el acto de traslado motivo de la demanda, por lo que no se le puede endilgar responsabilidad alguna.

Formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas las pretensiones argumentando que se le brindó a la accionante la suficiente información, clara y completa para que pudiese tomar una decisión objetiva frente a su futuro pensional; además que el formulario de afiliación fue firmado de forma libre y sin presiones, siguiendo todos los parámetros legales para la época, lo que lo hace válido y eficaz, por lo tanto, no es dable trasladar los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta en la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de buena fe y la innominada o genérica.

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

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del demandante efectuado con PROTECCION S.A. el 16 de septiembre de 2006, ordenó devolver por parte de la AFP los aportes girados y conservados en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos a COLPENSIONES y los bonos pensionales de existir estos. Asimismo, condenó a las demandadas en costas y agencias en derecho a favor de la demandante por el valor de 3 SMLMV.

Para arribar a esa conclusión, el Juez argumenta basado principalmente en los postulados jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que cuando no existe una libertad informada por falta al deber de información y por ende al presentarse una asimetría en el traslado de régimen



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

pensional, la consecuencia es la ineficacia tal como lo dispone el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin entrar a analizar dicha situación a la luz del régimen de las nulidades, pues son diametralmente distintas las figuras jurídicas.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, de donde se extrae que enuncia las circunstancias fácticas del traslado, su inconformidad con su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y los motivos que tiene para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin dilucidarse una confesión de haber recibido la suficiente información por parte de PROTECCIÓN S.A. al momento de su traslado.

Por todo lo anterior, el *a-quo* considera que al no tener por probado por parte de las AFP el cumplimiento del deber de información, el traslado de régimen pensional resulta ineficaz como consecuencia de la falta al deber de información, con la consecencial devolución aportes y demás emolumentos generados con ocasión de la afiliación.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, al considerar que no existe un vicio en el consentimiento demostrado en el proceso, máxime que un error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, por lo tanto, no debería repercutir en la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre PROTECCIÓN S.A. y la demandante.

Asimismo, pone de presente que según el artículo 167 del C.G.P. la carga de la prueba está en quién alega los hechos y según la Corte Suprema de Justicia se ha sostenido que cuando se alegan los vicios de error, fuerza o dolo corresponde probarlos a quien los alega, sin posibilidad de trasladar dicho



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

deber procesal. Expone también la descapitalización del sistema pensional sustentada en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-140 de 2013.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario de afiliación, por medio del cual la señora MARTHA CECILIA DÍAZ PEÑA realiza el traslado de régimen



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

pensional a la AFP PROTECCIÓN S.A., con fecha del 6 de septiembre de 2006 (Fl. 78 del documento digital DEMANDA Y ANEXOS); ahora, si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado a la demandante solo se puede extraer que la afiliación a PROTECCIÓN S.A. ocurrió cuando trabajaba para la Clínica La Paz, cuando en una reunión corta le dijeron a ella y a otros compañeros de trabajo que podrían pensionarse con la edad que quisieran, así como con el monto que desearan y que solamente debían firmar el formulario de afiliación a la AFP, sin que se advierta una confesión frente al cumplimiento del deber de información.

Se puede colegir entonces que no se acreditó que se haya brindado una información completa y veraz, máxime que, si bien la accionante enunció que recibe de manera esporádica los extractos de su cuenta individual, no afirmó conocer para la fecha del traslado las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como los requisitos para pensionarse.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:

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

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 2006, una “*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales,*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PROTECCIÓN S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora MARTHA CECILIA DÍAZ PEÑA. En este sentido, se adicionará este valor a los que deben ser devueltos por parte de POROTECCIÓN S.A.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».*

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la demandante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **tercero** de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, incluyendo como valor a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración que hubiere recibido



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A. por el manejo de los aportes del demandante, conforme en lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

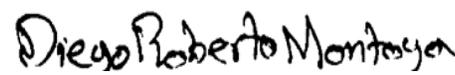
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás, la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

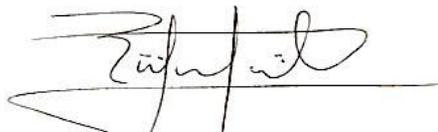
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTÁ D.C.  
SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 21 2019 00343 01  
Demandante:                        DORY STELLA ANZOLA SANABRIA  
Demandado:                         COLPENSIONES Y OTROS  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora DORY STELLA ANZOLA SANABRIA formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la finalidad que se declare nulo e ineficaz el traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PROTECCIÓN S.A., fundamentada en el vicio del consentimiento generado por la falta de información de la AFP.

Como consecuencia de lo anterior, como pretensiones principales deprecó que se condene a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a registrar en su sistema de información, que la afiliación es nula e ineficaz; se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, y a su vez, se ordene a



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así como lo demás que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*

Subsidiariamente, se condene a COLFONDOS S.A. a pagar una mesada pensional a favor de la demandante equivalente a lo que le habría sido reconocida por COLPENSIONES desde la fecha de causación del derecho pensional, con el correspondiente retroactivo.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que nació el 24 de junio de 1955, por lo tanto, contaba para el 1º de abril de 1994 con 38 años; refiere que comenzó a cotizar al sistema de pensiones en 1975 por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, posteriormente en CAJANAL entre 1976 y 1980, retornando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, cotizando así 400 semanas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Seguidamente señala que no realizó aportes desde 1983 hasta 1996 por estar desempleada y en ese mismo año se trasladó a PROTECCIÓN S.A., realizando un traslado horizontal a PORVENIR S.A. en 1998, y luego cuando contaba con 46 años se afilió a COLFONDOS S.A. en el año 2001, fondo que la pensionó con la modalidad de retiro programado y con una mesada de \$1'470.000 desde noviembre de 2016.

Con respecto a la afiliación realizada con PROTECCIÓN S.A. alega que no estuvo precedida de una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, máxime que se la entregó un formulario de afiliación ya diligenciado por parte de su empleador, omitiendo las características de ambos regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias de su traslado de régimen. Seguidamente relata que en la AFP PORVENIR S.A. tampoco le informaron debidamente al omitir las características de ambos regímenes, el capital necesario para



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

pensionarse con más de un salario mínimo mensual legal vigente y aseverar que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES estaba afrontando una crisis que podía poner en peligro su pensión. Como última mención sobre afiliaciones asegura que COLFONDOS S.A. no le informó que para el momento de su traslado estaba a un año de la prohibición para trasladarse de régimen, así mismo omitió realizar proyecciones pensionales, mencionarle las características de ambos regímenes y mencionarle que era beneficiaria del régimen de transición.

También, presentó la liquidación realizada por YABAR LIQUIDACIONES de la mesada pensional que le hubiese correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, teniendo en cuenta un ingreso base de cotización de \$5'404.366 la mesada ascendería a \$3.394.284. Dicha liquidación fue el motivo de su solicitud de desafiliación a COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y la afiliación a COLPENSIONES.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, sosteniendo que la accionante tiene la calidad de pensionada y por lo tanto se está frente a una circunstancia consolidada y finalizada, además que no menciona puntualmente cómo fue engañada y consecuentemente asaltada en su buena fe, por último, menciona que la demanda fue solamente motivada por un interés económico.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, pago y compensación y la genérica.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones tanto principales como subsidiarias, considerando que la accionante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues no obra prueba en el expediente que demuestre un vicio del consentimiento en su afiliación a



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

PROTECCIÓN S.A., que no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y por lo tanto está en la prohibición legal para trasladarse, por último que no presentó la reclamación administrativa correspondiente.

Propuso como medio exceptivo previo la de falta de competencia y las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. se opuso a todas las pretensiones principales como subsidiarias, manteniendo que la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN S.A. estuvo ajustada a todas las normas que regulan la materia, asimismo que no milita prueba alguna que acredite la ineficacia del traslado alegada. Enfatiza que el traslado a COLFONDOS S.A. no puede ser declarado ineficaz, pues este se hizo previa asesoría completa e integral, además la demandante tiene el estatus de pensionada y que con sus conductas como el diligenciamiento de formularios y aceptación de mesadas ha ratificado su querer de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a COLFONDOS S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, 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 S.A., prescripción de la acción de nulidad del traslado y compensación y pago

Por su parte PROTECCIÓN S.A. presentó oposición frente a todas las pretensiones principales así como subsidiarias, dado que en su sentir no se



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

incumplió el deber de información por la AFP al haber proporcionado una información oportuna, pertinente, objetiva y comprensible al momento de la afiliación como queda constado en el formulario de afiliación donde también se precisa que la decisión fue libre y voluntaria, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada al estar ante un acto jurídico válido.

Seguidamente expresa que la afiliación estuvo acogida a todas las normas existentes para la época, además que la forma en la que se liquida la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no puede devenir en una ineficacia, lo que demuestra que la demanda está motivada por pretensiones meramente económicas.

Presentó la excepción previa de falta de litisconsorcio necesario por pasiva, y de mérito las de inexistencia de la obligación y falta en la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos económicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque se afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y traslado de aportes.

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

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 absolvió a las demandadas de todas las pretensiones.

Para llegar a esa conclusión, la *a-quo* argumenta basada en los postulados de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral la obligación que tienen las AFP de brindar información suficiente y oportuna a los afiliados para que se pueda tomar una decisión objetiva e informada, la insuficiencia del formulario de afiliación para dilucidar el cumplimiento del deber de información, así como la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

carga de la prueba que ostentan las administradoras de demostrar el cumplimiento de dicho deber.

Descendiendo al caso en concreto encuentra que efectivamente la demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre 1975 y 1983, suscribiendo el traslado de régimen el 1º de febrero de 1996 a la AFP PROTECCIÓN S.A., quien tiene la carga probatoria de acreditar el cumplimiento del deber de información, lo cual no cumplió, en tanto al valorar el acervo probatorio se tiene el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte a la accionante, no acreditan que se haya cumplido con el deber de información, ello en tanto la Corte Suprema de Justicia ha referido que el formulario no es apto para dilucidar una decisión informada, y en tanto no se puede extraer una confesión de la demandante.

Pese a lo anterior, al tener por demostrada la calidad de pensionada de la demandante en la modalidad de retiro programado reconocido por COLFONDOS S.A. la *a-quo* no declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional solicitado, ya que teniendo en cuenta recientes postulados de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en los eventos en que se ostenta el estatus de pensionada, no es dable declarar la ineficacia, pues el retrotraer el traslado y desconocer la calidad de pensionada daría lugar a disfuncionalidades entre la multiplicidad de actores, relaciones jurídicas, terceros y en el mismo Sistema Pensional en su conjunto.

Ante la negativa de las pretensiones principales también se estudiaron las pretensiones subsidiarias concluyendo que, si bien según la jurisprudencia establece que si el pensionado considera que la AFP le ocasiono un daño con el traslado de régimen pensional tiene el derecho de solicitar la reparación por perjuicios a la luz del artículo 2341 del Código Civil conminando al juez a hacer uso del artículo 16 de la ley 446 de 1998 para la valoración de los daños y tomar las medidas necesarias, no obstante dicha situación no figura en el caso en concreto, dado que no hubo debate de este punto a lo largo del proceso al



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

no solicitarse en la demanda y los hechos no estar encaminados a conseguir la reparación por los daños irrogados, pues ni siquiera se relaciona que si regresaba al Régimen de Premia Media con Prestación Definida se hubiese recobrado la prerrogativa de ser beneficiaria del régimen de transición, en consecuencia no es posible imponer una condena a una administradora que no causó el daño afectando el capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante, puesto que no le corresponde hacerse responsable a COLFONDOS S.A. por el traslado de régimen pensional.

En el mismo sentido, al no solicitarse la condena de manera solidaria a las demás AFP (PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.) no es posible hacer un pronunciamiento frente a pretensiones no solicitadas, máxime que no se cumplen los presupuestos para que en virtud facultades *ultra y extra petita* se estudien tales pretensiones.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

La apoderada de la parte demandante presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por la juez de primer grado, señalando que debe prosperar la pretensión indemnizatoria al demostrarse que la totalidad de las AFP demandadas no cumplieron con el deber de información, puntualizando en la afiliación la efectuada en PROTECCIÓN S.A., manifestando que no puede quedar sin ninguna consecuencia dicha omisión y esta subsanarse por el reconocimiento de una prestación económica como lo es la pensión.

En el mismo sentido, argumenta que si bien no se está debatiendo un daño en un juicio de responsabilidad, en efecto existió y es verificable con los hechos de la demanda, así como fue pedido mediante las pretensiones subsidiarias una compensación o reparación por los daños sufridos a raíz de la falta de información de las AFP, enfatizando que la carga no estaba solamente en cabeza de PROTECCIÓN S.A. sino de todas las administradoras demandadas, puntualizando en COLFONDOS S.A., puesto que su omisión de información



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

completa y oportuna jugó un papel preponderante en la situación pensional de la demandante comprobado en el monto de la mesada pensional reconocida como en la liquidación de la mesada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por lo que el monto del daño estaría acreditado.

Finalmente expone que no se debe pedir expresamente la solidaridad de las demandadas, ya que esta se da con las múltiples afiliaciones que realizó la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si la AFP COLFONDOS S.A. deber ser declarada responsable del perjuicio atinente a la diferencia de la mesada pensional, respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

##### **c. Del caso en concreto:**

Debe acotarse inicialmente, que no se reprochó en la alzada la decisión de negar la pretensión principal de la demanda, atinente a que se declare la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

verificado mediante la suscripción del formulario de afiliación el 1º de febrero de 1996 (Fl. 36), el cual además cursó con la AFP PROTECCIÓN S.A.

Se advierte además que la accionante realizó un traslado de AFP en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a PORVENIR S.A., según formulario del 10 de noviembre de 1998 (Fl. 38). De igual manera, se trasladó a COLFONDOS S.A. el 1º de octubre de 2001 (Fl. 39).

Finalmente, se tiene que mediante oficio BP-RI-L-20807-11-16 del 17 de noviembre de 2016, COLFONDOS S.A. le informa a la accionante que la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez fue aprobada, y si decide acogerse al pago de la mesada bajo la modalidad de retiro programado la mesada es equivalente a \$1.470.000(Fl. 51). Se aporta además el expediente administrativo de COLFONDOS S.A. en el que se avizora que la accionante viene percibiendo la mesada pensional desde noviembre de 2016, y que para el año 2017 la misma ascendía a \$1.554.525, lo cual corrobora su estatus de pensionada.

Una vez determinado lo anterior se tiene que la ineficacia del traslado se negó en recientes pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, Corte suprema de Justicia, en los cuales además se refirió además que quienes ostenten la calidad de pensionados tiene a su alcance deprecar la acción indemnizatoria. Así, en sentencia SL373-2021, Radicación No. 84475 del 10 de febrero de 2021, se estableció:

*“Ahora bien, aunque el cargo es fundado en cuanto a la inobservancia del deber de información, la Corte no casará la sentencia del Tribunal porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria, pero por otras razones.*

*“Es un hecho acreditado que [...] disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.*

*“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto.*

*[...]*

*“La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.*

*[...]*

*“Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios **a cargo de la administradora.***

*“El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados”.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, en la sentencia SL5254-2021, Radicación No. 82893 del 23 de noviembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señaló:

*“En todo caso, es importante aclarar que la citada sentencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si lo considera pertinente.*

*“Así, lo dicho en precedencia no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. **Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (artículo 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) cuando aconteció el traslado, y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios.***

*“El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la ponderación de los daños, el cual conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juzgador, con miras a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.*

En ese orden de ideas, se evidencia que, ante la imposibilidad jurídica de retrotraer el estatus de pensionado en virtud de la ineficacia del traslado, se abre paso la indemnización plena de perjuicios, siempre y cuando se acrediten los elementos de la responsabilidad, y tal pretensión haya sido expresamente deprecada en la demanda.

Ahora, de la revisión de la pretensión subsidiaria de la demanda, así como del sustento fáctico, se tiene que por activa se solicita:

*“Que se condene a la A.F.P. COLFONDOS, a pagar una mesada pensional en favor de la señora DORY STELLA ANZOLA SANABRIA, equivalente a la que le habría sido reconocida por parte de COLPENSIONES, desde la fecha de causación del derecho pensional”.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

De igual manera en los hechos 29 a 33 de la demanda, refirió frente a la AFP COLFONDOS S.A. (i) que para la data en que se trasladó, esto es, en el año 2001, ostentaba la edad de 46 años, sin que el fondo de pensiones le advirtiera que tenía la posibilidad de retornar al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) que no le entregó una proyección pensional que le permitieran conocer las condiciones de dicha prestación económica; (iii) no le hizo un comparativo con la pensión que obtendría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; (iv) no le comentó lo atinente al régimen de transición y (v) no le brindó una re asesoría a fin de determinar si le era más conveniente retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En ese orden de ideas, se advierte que la pretensión indemnizatoria se dirigió únicamente en contra de COLFONDOS S.A., entidad que, tal como se advirtió en precedencia, no participó en el traslado de régimen pensional, pues el mismo se derivó de la suscripción del formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 1º de febrero de 1996. De otra parte, la culpa de COLFONDOS S.A. no se deriva en la demanda de la falta de información para verificar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sino de no haber asesorado a la accionante sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando suscribió el formulario de traslado de AFP dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ostentaba 46 años de edad.

De tal manera, que no es dable en esta instancia que se analice, en el marco de la pretensión indemnizatoria, si se verificó un daño ocasionado por culpa atribuible a PROTECCIÓN S.A. por falta al deber de información para el 1º de febrero de 1996 cuando se suscribió el traslado de Régimen Pensional, pues tal aspecto, no fue pretendido y por ende debatido, sin que en la alzada se cuente con las facultades de emitir un fallo *ultra y extra petita*, mucho menos para alterar o extender una pretensión a otros demandados, cuando específicamente se dirigió contra COLFONDOS S.A.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Una vez determinado lo anterior, se tiene la accionante señala que COLFONDOS S.A. debe solucionar una mesada equivalente a la que le reconocería COLPENSIONES de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no obstante, se debe señalar que la causa eficiente para que no pueda acceder a la pensión mencionada, obedece al traslado inicial de régimen pensional, el cual, se reitera, no fue precedido por ninguna acción u omisión de COLFONDOS S.A., en tanto el traslado lo verificó PROTECCIÓN S.A.

En ese orden de ideas, no se avizora que concurra en COLFONDOS S.A. la culpa en cuanto al traslado de régimen, ni tampoco un nexo causal entre el traslado que realizó de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A. en el año 2001. Lo anterior, por cuanto para la data en que se realiza tal traslado la accionante ya no hacía parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, por ende, no debía asesorarlo en aspectos como los cuestionados en el supuesto fáctico, esto es, lo atinente al régimen de transición o realizar proyecciones frente a una eventual pensión reconocida en COLPENSIONES, obligaciones que no estaban a su cargo, en tanto el traslado inicial se encontraba incólume.

De otra parte, para el 1º de octubre de 2001 la accionante tramitó con COLFONDOS S.A. un traslado de AFP, fecha para la cual tenía 46 años y se encontraba vigente el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, que estipulaba *“Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o sesenta (60) años de edad si es hombre”*, por ende para el año 2001 a la accionante le faltan menos de 10 años para pensionarse, de tal manera, que no incurrió en yerro alguno COLFONDOS S.A., máxime que la edad de 57 años solo se consagró en la Ley 797 de 2003, la cual se expidió con posterioridad al traslado de AFP en el año 2001.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Por las anteriores razones, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia en su integridad. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

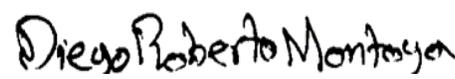
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

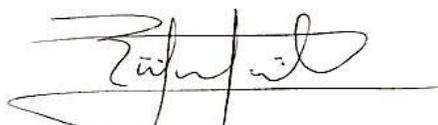
#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*





principal, la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, al no haberse realizado tal acto jurídico, de manera libre y espontánea; y se disponga la devolución de los emolumentos consignados en la cuenta de ahorro individual, así como todos los generados con ocasión de la vinculación, así como que COLPENSIONES reactive la afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

De manera subsidiaria, pretende se declare la inexistencia del régimen de traslado pensional.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones refirió que nació el 3 de mayo de 1959; que estuvo afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el año 1981 hasta el 2002; que, ante la falta de información de la AFP, suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A. en el año 2004 (sic), con SKANDIA S.A. en el año 2007 y con PORVENIR S.A. en el año 2008, por considerar que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le era mucho más beneficioso que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Que los asesores de los fondos privados iniciaron una publicidad muy agresiva, sin contar con título, formación profesional o con capacitación adecuada alguna que les permitiera suministrar información completa, veraz y suficiente; así como tampoco hicieron las advertencias de los riesgos que existían, no le explicaron las distintas modalidades de pensión, la negociación del bono pensional y el derecho de retracto; por el contrario, solo se le informó que la condición pensional sería más ventajosa, que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida desaparecería y que mejoraría el monto de la pensión

Que OLD MUTUAL S.A. realizó proyección pensional en el que se avizora que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad accedería a una pensión equivalente a \$848.000, mientras que, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, asciende a \$3.000.000.

Precisa que, el 4 de julio de 2019 presentó solicitud para que se aceptara la nulidad de las afiliaciones en SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., el 3 de julio



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

de 2019 presentó solicitud ante COLPENSIONES; solicitudes que fueron desatadas de forma desfavorable.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individua con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional; aunado a lo anterior, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de mérito tales como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Asimismo, SKANDIA S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, puesto que la elección de la demandante fue libre y voluntaria, decisión legal y amparada por la buena fe por parte de los fondos y de la demandante, por lo que goza de efectividad.

Propuso las excepciones de fondo, tales como SKANDIA S.A. 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 Régimen de Ahorro Individua con Solidaridad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.



Por otra parte, PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones en la medida que la demandante no allega pruebas sumarias de las razones de hecho que sustentan la ineficacia, así mismo, indica que cumplió con el deber legal de información y no se acredita la existencia de error, fuerza o dolo; por el contrario suscribió el formulario de forma libre y espontánea, en tanto recibió asesoría verbal con la información suficiente y necesaria para el traslado del régimen pensional, así como también se le comunicaron los beneficios más importantes que posee el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones de fondos tales como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. se opone a todas y cada una de las pretensiones toda vez que el traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, suscrito de forma libre y espontánea, solemnizando de esta forma la afiliación y por ende tiene naturaleza de un verdadero contrato en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones; manifiesta que la vinculación estuvo libre de presión y engaños, puesto que a la actora se le brindó la suficiente información para que optara por el traslado del régimen.

Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes de la AFP PORVENIR S.A., falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada y la genérica.

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



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**

Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 08 de noviembre de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2002, ordenó a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración, comisiones, seguro previsional, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados de los aportes efectuados por la demandante debidamente indexados, a su vez ordenó a COLPENSIONES a recibir a la afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Declaró como no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.; condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor de la demandante, y absolvió en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

Como fundamento de su decisión adujo que de conformidad con lo normado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, así como en la reiterada jurisprudencia de la Sala permanente de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tomando como base las sentencias SL 31989 de 2008 y SL 1452 de 2019, SL 1889 de 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, la SL 2001 de 2021 y SL1237 de 2014 entre otras sentencias, infiere que no se demostró la suficiente información a la afiliada, ya que son las AFP quienes deben suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, referencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Precisa que la carga probatoria del deber de información recae sobre las AFP, quienes en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información frente a las consecuencias del traslado, puesto que, no suministro la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional; ni tampoco se obtuvo confesión alguna en el interrogatorio de parte. Argumentos por



los cuales, se declaró la ineficacia del traslado, y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

En discrepancia con el fallo emitido por el *a-quo*, la accionante ANA ELIZABETH VANEGAS GÓMEZ interpone recurso de apelación en el que solicita revocar el fallo de manera parcial en lo referente a la decisión de no condenar en costas procesales a SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, puesto que son partes vencidas dentro del proceso, tal como lo estipula el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso.

A su vez, PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación en el que pretende se revoque en su totalidad la declaración de la ineficacia del traslado de la demandante, toda vez que no era dable considerar que no es dable exigir el cumplimiento del deber de información, con fundamento en normativas que se expiden con posterioridad al acto del traslado; de igual manera refiere que la demandante solo persigue una finalidad económica, sin que sea una afiliada lego ya que es abogada y por lo que su formación académica permite estimar que su afiliación no fue fruto de un engaño; finalmente, que lleva más de 20 años afiliada, configurándose los actos de relacionamiento; por último sostiene que ya se realizó el pago de los aportes a PROTECCIÓN S.A.

Inconforme con la decisión del *a-quo* PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación en lo referente al traslado de los gastos de administración, aduciendo que el descuento del mismo es autorizado legalmente por la Ley 100 de 1993, y que se generan debido a la gestión de la administración de los recursos; además esgrime que las aseguradoras son terceros de buena fe que nada tienen que ver en el contrato suscrito entre las partes, por lo que está imposibilitada para solicitar la devolución de los gastos de los seguros previsionales.

Por su parte, SKANDIA S.A. interpone recurso de apelación en el que solicita se revoque de manera parcial el fallo en cuanto devolución de los gastos de administración de manera indexada, toda vez que de conformidad con el artículo 964 del Código Civil, el poseedor de buena fe no está obligado a devolver los frutos; esgrime que la devolución de los gastos de administración de manera indexada se



contradice con el traslado de los rendimientos, lo cual compensa cualquier depreciación del poder adquisitivo; finalmente, solicita sea estudiada la prescripción frente a los gastos de administración y seguros previsionales.

A su turno, COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia, por cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera, al afectar la decisión a los afiliados del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, de igual manera, esgrime que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como



consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento,*



*las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso*



*o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 8 de noviembre de 2001 con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 2002 (Fl. 22) a la AFP PORVENIR S.A., formulario que implicó el cambio de régimen pensional, y que si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, sin que haya aseverado que en efecto se haya verificado una información oportuna y veraz sobre las ventajas y desventajas del traslado, así como las características propias de los regímenes pensionales.



De otra parte, acota la Sala que, si bien la accionante aseveró ser abogada, tal aspecto en manera alguna implica que se entienda por surtido el cumplimiento del deber de información o que se exonere a la AFP de cumplir dicha obligación, la cual, se predica respecto de todos los afiliados, independiente de su profesión.

Ahora bien, en la sentencia CSJ SL 1688-2019 se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 2001, una *“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”*.

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

De igual manera, debe señalarse respecto de los gastos de administración, que su devolución debe realizarse de manera indexada, al señalar la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL5543-2021, Radicación No. 86545 del 9 de diciembre de 2021:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.*

Se debe acotar además que no resulta dable estimar que los rendimientos que deben ser reintegrados a COLPENSIONES supla la indexación de los gastos de administración, en tanto, tiene fuente y destinación distinta, en tanto los rendimientos se ocasionaron por la administración de los aportes, mientras que la actualización busca el equilibrio frente a la depreciación monetaria.

En lo atinente a la vulneración del principio de sostenibilidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Sobre los actos de relacionamiento, tesis traída a colación por la apoderada de PORVENIR S.A., la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha trazado un sólido criterio plasmado entre otras en las sentencias CSJ SL del 9 de septiembre del 2008, radicación No. 31989 y la SL-2877 de 2020 manifestando lo siguiente:

*“[...] la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

Por lo anterior, no es dable predicar que los traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sean una manifestación de convalidación que implica tener la decisión por debidamente informada. De otra parte, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 - 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016”.*

De tal manera que la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que no se encontró cumplido el deber de información.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual también se predica de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, respecto de la alzada de la parte demandante, se debe señalar que el artículo 365 del C.G.P. establece de manera objetiva que se condenará e costas a la parte vencida en el proceso, motivo por el cual no se ajusta a derecho la absolución de las accionadas, por lo cual se revocará parcialmente el numeral séptimo de la parte resolutive para en su lugar condenar en costas a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente el numeral séptimo de la sentencia de primera instancia, para también condenar en costas de primera instancia a PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Se **CONFIRMA** el referido numeral en cuanto condenó en costas a PORVENIR S.A.

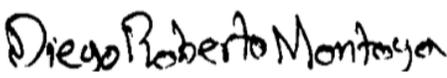
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo restante la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

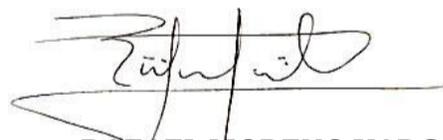
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    11001 31 050 23 2020 00 0026 01  
Demandante:                        NIDIA JEANET SIERRA PEÑA  
Demandado:                         COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada DIANA LEONOR TORRES ALDANA, identificada con cédula de ciudadanía 1.069.733.703 y T.P. 235.865 del C.S. de la Judicatura, en los mismos términos y facultades del poder a ella conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, por cuanto la sentencia fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

La señora NIDIA JEANET SIERRA PEÑA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad que se declare la nulidad del traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de esta última AFP.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado de la demandante a COLPENSIONES, a recibirla como afiliada sin solución de continuidad y con ello la devolución de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Sostiene como fundamento de sus pretensiones que nació el 27 de octubre de 1963; que cotizó en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 8 de abril de 1991 hasta el 29 de febrero de 2000, completando un total de 180,43 semanas.

Con respecto a las particularidades de la afiliación hecha con PORVENIR S.A. manifiesta que la razón principal para trasladarse de régimen fue lo manifestado por el asesor comercial en cuanto al monto que ofrecían los fondos privados, pues según él, siempre le proporcionarían una pensión mayor a cualquiera que el Régimen de Prima Media con Prestación Definida pudiese otorgar. Sin embargo, al solicitar una proyección pensional en el año 2019 PORVENIR S.A. le indicó que esta sería de \$1'238.500, ello pese a que había devengado más de nueve salarios mínimos legales mensuales vigentes en los últimos 10 años de cotización.

Por lo tanto, considera que, de no haber sido engañada y vulnerada en su buena fe, no se hubiese trasladado y tendría derecho a la liquidación de su pensión



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

con un IBL basado en lo devengado en los últimos 10 años y con el 65% como tasa de reemplazo, ello por tener más de 1172 semanas cotizadas.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES se opone a la totalidad de las pretensiones solicitadas en la demanda, pues considera que no es posible el traslado de régimen al estar la demandante inmersa en la prohibición legal para tal efecto; asimismo que dicho acto transgrediría el principio de sostenibilidad financiera, máxime que la afiliación fue libre y voluntaria con PORVENIR S.A., de acuerdo con las pruebas aportadas.

Formuló las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. presentó oposición a las peticiones consignadas en la demanda, argumentando que la afiliación realizada en el año 2000 fue precedida de una información completa y suficiente contentiva de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las implicaciones de su traslado y después de indicarle sus condiciones pensionales, tal como lo muestra el formulario de afiliación. Seguidamente expresa que la devolución de los gastos de administración no procede, pues estas sumas no forman parte integral de la pensión de la afiliada, así como la Superintendencia Financiera ha determinado que este tipo de valores no hacen parte de los que se deben



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en caso de un traslado.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta en la causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de buena fe y la innominada o genérica.

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

El Juzgado Veintitrés del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante efectuado con PROVENIR S.A. y en consecuencia ordenó devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con ocasión a la afiliación, como cotizaciones, saldos de cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado, sin descuento por cuotas de administración u otro concepto, todos los anteriores valores de manera indexada. Asimismo, condenó a PORVENIR S.A. en costas.

Para llegar a esa conclusión, el Juez argumenta basado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados, sin embargo, aquella debe ser informada para lograr un consentimiento libre al escoger el régimen, so pena de incurrir en la ineficacia del mismo, tal como lo establece el artículo 271 de la citada norma.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Asimismo, trae a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan.

Seguidamente, enuncia el deber que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyendo que no se evidencian elementos probatorios suficientes para tener por demostrado el deber de información que se le endilgan a las Administradoras, pues solamente se allega el formulario de afiliación el cual no tiene la capacidad para demostrar por sí mismo la información proporcionada, además del interrogatorio de parte se dilucida que si bien la demandante tenía conocimiento de algunas características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no acontecía lo mismo respecto del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, luego no tuvo la oportunidad de realizar una comparación entre los dos regímenes y tomar una decisión objetiva e informada sobre su futuro pensional.

Por todo lo anterior, considera que al no tener por probado por parte de la AFP el cumplimiento del deber de información al momento del traslado de régimen, no hay otra consecuencia sino conceder las pretensiones de la demanda, es decir, declarar la ineficacia del mismo con todos sus efectos.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

PORVENIR S.A. por medio de su apoderado presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, señalando que no debió darse una aplicación automática de la inversión de la carga de la prueba, pues la Corte Constitucional ha establecido que debe ser ponderada su aplicación dependiendo de las particularidades de cada caso, máxime que no existen negaciones indefinidas en la demanda, situación que comporta probar al demandante los hechos alegados; seguidamente manifiesta que el artículo 1604 del Código Civil también refiere que se generan obligaciones para todas las partes envueltas en la relación contractual.

En el mismo sentido expresa que se transgrede el principio de confianza legítima, dado que para la época la única prueba exigida para la validez de la afiliación era el formulario de vinculación, el cual no fue tachado de falso y es plenamente válido; de igual manera, que el principio de inescindibilidad de las normas es vulnerado con la decisión, al establecer una nulidad sustancial sobre un acto jurídico, teniendo efectos solo para una parte al ordenarse la devolución de los gastos de administración y rendimientos financieros, ocasionando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y de COLPENSIONES.

Por último, refiriéndose a los gastos de administración sostiene que, al no probarse la mala fe de su representada o un detrimento de la accionante, estos no son objeto de restitución, así como no están destinados a la pensión, por ello les debe aplicar el fenómeno de prescripción de manera parcial.

COLPENSIONES presentó inconformidad ya que en su sentir la aplicación de la inversión de la carga de la prueba por parte del Juez desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en tanto se deben tomar las



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

actuaciones del afiliado como verdadero entendimiento, aunado a ello que no se demostró un vicio en el consentimiento.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual la señora NIDIA JEANET SIERRA PEÑA realiza el traslado de régimen a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., con fecha del 24 de febrero del 2000 (Fl. 71 del documento digital CONTESTACION PORVENIR); si bien en el formulario se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

sido reiterativa en indicar no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado a la demandante se puede extraer que la afiliación realizada en PORVENIR S.A. ocurrió cuando trabajaba para CODENSA y la información fue dada en una reunión grupal que tuvo lugar un auditorio, en el cual también realizaron el diligenciamiento de los formularios de afiliación, se les dio una información sobre las ventajas principalmente del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como la rentabilidad y la dependencia que tenía el futuro pensional de los afiliados de las fluctuaciones del mercado y de las inversiones que efectuara el fondo con los dineros consignados con motivo de las afiliaciones.

Sin embargo, que el principal motivo utilizado para convencer de vincularse con PORVENIR S.A. fue el de la crisis del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pues los asesores enfatizaron y fueron extensos en anunciar que el fondo público iba a desaparecer, dejando a la deriva las pensiones de las personas afiliadas, por ello era necesario que se afiliaran al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad para acceder a la pensión.

Por lo anterior se puede concluir que no se acreditó por la AFP que haya brindado una información completa y suficiente para concluir que la afiliación estuvo precedida de una libertad informada, máxime que al interrogarle a la accionante sobre características del Régimen de Ahorro Individual con



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Solidaridad, como los efectos sobre sus beneficiarios, la existencia de una cuenta de ahorro individual, la posibilidad de realizar aportes voluntarios o las características del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no conocía ninguno de esos conceptos, limitando la visión de la dimensión sobre los regímenes pensionales para tomar una decisión objetiva e informada, por lo que no se evidencia ninguna confesión por parte de la demandante de haber sido asesorada correctamente.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

<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 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

		asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 2000, una *“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”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por PORVENIR S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

*“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora NIDIA JEANET SIERRA PEÑA.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que conduce a la misma inaplicabilidad prescriptiva que se deriva de los gastos de administración.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR**, sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

### **1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor JHONNY GUACANEME LÓPEZ, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. con la finalidad de que se declare la nulidad de la afiliación que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con cada una de las AFP citadas.

Como consecuencia de lo anterior, se ordene a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos e intereses. Asimismo, que COLPENSIONES acepte dichos dineros y reciba al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad.

### **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Sostiene el accionante como fundamento de sus pretensiones que nació el 1º de enero de 1960; que estuvo vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida por medio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 14 de noviembre de 1979 hasta el 30 de septiembre de 1998, posteriormente se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de COLFONDOS S.A., suscribiendo formulario de afiliación el 21 de octubre de 1998; luego realizó varios traslados horizontales a SKANDIA S.A. en enero de 2006 y a PORVENIR S.A. en septiembre de 2008; finalmente en noviembre de 2015 retornó a SKANDIA S.A.

Con respecto a las afiliaciones realizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, menciona que en COLFONDOS S.A. la información proporcionada fue engañosa, pues principalmente le hablaron sobre las ventajas del fondo privado como la rentabilidad y que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, sin mencionarle las características y particularidades de ambos regímenes pensionales. Con respecto a SKANDIA



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

S.A., expone que fue por ayudarle a una amiga, pues necesitaba afiliar personas y que todos los fondos eran iguales solamente cambiando en la rentabilidad, siendo esta última razón la misma para afiliarse a PORVENIR S.A. y para retornar SKANDIA S.A., además por tratarse de un fondo extranjero. Todas estas afirmaciones extraídas de la declaración extrajudicial realizada por el demandante en la Notaría Veintitrés del Círculo de Bogotá D.C.

Frente a las afiliaciones aclara que los asesores no estaban capacitados para la labor de afiliar personas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asimismo que se omitió informarle sobre la prohibición para trasladarse después de que le faltaren 10 años para cumplir la edad de pensión.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

SKANDIA S.A. se opone a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que, para el momento de la afiliación, el actor ya se encontraba en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, por lo cual tenía conocimiento de las características del régimen pensional privado, máxime que con aquellas afiliaciones se corrobora su deseo de pertenecer a dicho régimen pensional.

Asimismo, manifiesta que la información brindada por los asesores es acorde a las normas y condiciones propias del régimen pensional; que en la afiliación actual le resulta aplicable la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de SKANDIA S.A. no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, el demandante se encuentra inhabilitado 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



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

facticos no son iguales o similares ni siquiera parecidos a las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A. presentó oposición a todas las pretensiones contenidas en la demanda fundamentada en la ausencia de vicios del consentimiento en la afiliación realizada por el demandante con COLFONDOS S.A.; en el mismo sentido se evidencia que la vinculación con PORVERNIR S.A. fue de manera libre y voluntaria como lo acredita el formulario de afiliación, y no se encuentran actos que atenten en contra del derecho de afiliación, por lo que la ineficacia no debe ser declarada; también señala que no debe concederse la devolución de los gastos de administración, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

Como medios exceptivos formuló la prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica

Por su parte COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones, tanto declarativas como condenatorias, argumentando que no existe prueba aportada que demuestre que hubo error o algún vicio del consentimiento en la afiliación efectuada con COLFONDOS S.A. en el año 1998; que dicha vinculación operó de manera libre y voluntaria, además, en lo atinente al traslado solicitado, manifiesta que el demandante está inmerso en la prohibición legal y no cumple con lo señalado en la sentencia SU-062 de 2010

Propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la nulidad alegada, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Por último, COLFONDOS S.A. no presentó oposición ante las pretensiones desde la primera hasta la séptima por considerar que, si bien la afiliación a COLFONDOS S.A. es válida y fue realizada conforme a los parámetros legales para la época, si el juez considera declarar la ineficacia del traslado no se opondrá; señala que no se debe ordenar la devolución de los bonos pensionales por no existir dineros en dicho concepto, además las demás pretensiones están dirigidas hacia otras AFP. Por otro lado, sus oposiciones se basan en el no proceder de las costas a su cargo, así como no existir hechos para conceder por medio de las facultades ultra y extra petita

Propuso como excepciones, buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

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

El Juzgado Veintisiete del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante efectuado con COLFONDOS S.A., así como los múltiples traslados horizontales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ordenó devolver por parte de la AFP SKANDIA S.A. a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con ocasión de la afiliación del accionante tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses sin descontar valores por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima; en el mismo sentido se ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por los últimos conceptos reseñados y condenó a la citada AFP en costas y agencias en derecho por un valor de \$1'000.000.

Para llegar a esa conclusión, la juez argumenta acogiendo a los postulados jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad, fundamentada en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 13 del



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

C.S.T. y el 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar un vicio del consentimiento.

En el mismo sentido, que la misma Corte Suprema de Justicia, establece que si el afiliado alega que no fue informado equivale a un supuesto fáctico negativo no acreditable por quien lo invoca, por lo que la carga de la prueba se invierte en cabeza de las AFP de probar que proporcionaron la información debida. Hace énfasis en el deber de información contenido en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual no es suficiente para su demostración el formulario de afiliación, sino que es necesario confrontarlo con la información que se aportó en el momento del traslado.

Descendiendo al caso en concreto, relaciona las pruebas documentales aportadas por las partes, así como el interrogatorio de parte practicado al demandante, de donde se extrae que en ningún momento confesó haber recibido una información clara, completa y oportuna como lo son las condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, la existencia del régimen de transición, los requisitos que necesitaba para pensionarse o haberse revisado su situación particular para tomar una decisión integral.

Seguidamente, expone que, ante las múltiples afiliaciones del demandante entre AFP del régimen privado, si bien la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia ha acogido la postura de los actos de relacionamiento, esta no está facultada para cambiar la jurisprudencia, por lo que no se acoge dicha tesis y se mantiene en que las múltiples afiliaciones no son una muestra del deseo de permanecer en el régimen privado, así como que no sana la falta del deber de información.

Por todo lo anterior, la *a-quo* considera que, al no tener por probado por parte de las AFP, principalmente por COLFONDOS S.A. el cumplimiento del deber de información, pues como se manifestó se allegó solamente el formulario de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

afiliación, por lo que el traslado de régimen pensional resulta ineficaz como consecuencia de la falta al deber de información.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, argumentando que no participó en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y las demás AFP, por lo que no se le puede condenar por tales actos; asimismo, que el accionante lleva más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se ha beneficiado de este, por lo que corrobora su deseo de pertenecer a dicho régimen.

Seguidamente expone que los rendimientos y cuotas de administración son valores propios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por lo que, si bien se dieron estos valores para ser trasladados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, lo cierto es que con esos valores no se alcanza a cubrir las mesadas pensionales a las que tendría derecho el demandante, generando una descapitalización del sistema pensional, tal como lo enuncia la sentencia C-062 de 2010.

PORVENIR S.A. recurrió la sentencia proferida respecto de los gastos de administración, pues considera que tienen una fuente legal y su cobro es debido a la gestión que la AFP realiza de los aportes consignados en la cuenta de ahorro individual, además que estos gastos no están destinados a financiar la pensión por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

En el mismo sentido trae a colación el concepto de la Superintendencia Financiera sobre los valores que se deben retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida debido a una nulidad o ineficacia del traslado, el cual indica que los gastos de administración no hacen parte de aquellos valores al haber sido cobrados por la AFP con la condición de mantener las coberturas



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

de invalidez y muerte, en la misma línea menciona que como estos conceptos no están destinados a financiar la pensión del demandante están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Por su parte SKANDIA S.A., presentó recurso de alzada en contra de la providencia dictada por la *a-quo*, puntualmente en el numeral segundo, pues en su sentir los gastos de administración cobrados no debían ser devueltos al tener un fundamento legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y apoyándose también en el concepto de la Superintendencia Financiera del 15 de enero de 2020, para determinar que además de los gastos de administración tampoco procedía la devolución de las primas de seguro previsional, dado que estos dineros ya no se encontraban en las arcas de la AFP.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

##### **c. Del caso en concreto:**

Lo primero que ha de tenerse en cuenta para desatar el problema jurídico, es lo dicho tanto por el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los cuales establecen las características del Sistema



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se tiene una expectativa pensional próxima a



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

En el presente proceso, se allega el formulario por medio del cual el señor JHONNY GUACANEME LOPEZ realizó el traslado de régimen pensional por conducto de la AFP COLFONDOS S.A. el 21 de octubre de 1998 (Fl. 64 del documento digital EXP 2020-038), de igual manera, el suscrito con SKANDIA S.A. el 18 de enero de 2006 (Fl. 72 del documento digital EXP 2020-038), el diligenciado con PORVENIR S.A. el 10 de septiembre de 2008 (Fl. 82 del documento digital EXP 2020-038) y el que da cuenta de su última afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A. el 30 de noviembre de 2015 (Fl. 73 del documento digital EXP 2020-038); ahora bien, si bien en todos los documentos, principalmente en el primero de ellos que implicó un cambio de régimen, se establece que la decisión es libre y voluntaria, la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en indicar que no es prueba suficiente para afirmar que se le suministró a la afiliada la información oportuna y veraz; así lo establece en la sentencia de tutela anteriormente citada: *“desde la sentencia CSJ SL, 09 Sep 2008, rad. 31989, la sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como <<la afiliación se hace libre y voluntaria>>, <<se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones>> u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.”*

Ahora bien, del interrogatorio de parte practicado al accionante se tiene que solo aseveró que la afiliación realizada en COLFONDOS S.A. se dio de manera previa a unas reuniones primero de manera grupal y luego personal, las que duraban aproximadamente 10 minutos; que los argumentos del asesor fueron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar con la mención de algunas ventajas del régimen privado, sin especificar cuáles eran. Para la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

afiliación con PORVENIR S.A. menciona que no sabe exactamente cual fue el año de su vinculación, no obstante que le dijeron que era ese fondo el que tenía mejor rentabilidad y que básicamente eran las mismas características que con los demás fondos. Respecto de las afiliaciones realizadas en SKANDIA S.A. que lo hizo con la intención de ayudar a una amiga para cumplir con su cuota de afiliaciones, además creía que todos los fondos eran iguales y solo cambiaba la rentabilidad.

En ese orden de ideas, la AFP no acreditó que la información proporcionada para el momento del traslado fuera completa y suficiente para tomar una decisión objetiva para trasladarse de régimen.

Tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

<b>Etapas acumulativas</b>	<b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>	<b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información,	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009	Implica el análisis previo, calificado y global de los



asesoría y buen consejo	Decreto 2241 de 2010	antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se avizora prueba que se le haya suministrado al demandante para el año 1998, una *“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”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia, dado que teniendo en cuenta la jurisprudencia que impone la obligación en cabeza de las AFP de probar el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen, no se encontró cumplido este deber por COLFONDOS S.A. en el caso bajo estudio.

Respecto a la devolución de los gastos de administración, situación motivo de recurso por parte de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así como al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni los rendimientos financieros ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES puesto que pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión de la señora JHONNY GUACANEME LÓPEZ.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en reciente sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible por su naturaleza de surgir del derecho a la pensión, por ende, la prescripción para este tipo de acciones no opera, como en el caso que nos ocupa, situación que conduce a la misma inaplicabilidad prescriptiva que se deriva de los gastos de administración.

Como corolario de lo anterior, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## **V. DECISIÓN:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su totalidad, la sentencia proferida el 8 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

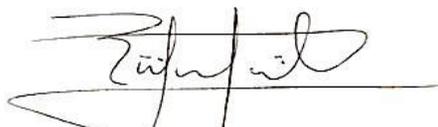
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 29 2021 00210 01  
Demandante:                            MILTON RAMIRO GONZÁLEZ RENGIFO  
Demandado:                              COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor MILTON RAMIRO GONZÁLEZ RENGIFO, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. para que previo trámite judicial correspondiente, se declare que PORVENIR S.A. incumplió con los deberes legales de información completa y oportuna, las ventajas y desventajas de uno y otro sistema de pensiones; por lo cual se debe declarar la nulidad de la afiliación a la AFP y que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir su afiliación en el Régimen de Prima Media con



Prestación Definida, así mismo, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante sin solución de continuidad.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones, refirió que desde el 16 de febrero de 1980 hasta el 31 de julio de 2000 estuvo afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; para la data en que se encontraba laborando en la entidad Ciudad Móvil los asesores de la AFP PORVENIR S.A. realizaron una visita, sin que ese día el estuviera presente, por lo que solo fue informado por sus compañeros de trabajo que todos deberían trasladarse a un fondo privado ya que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a liquidar, por lo que no fue debidamente informado, ni tampoco se le brindó una oportuna asesoría.

Precisa que para la fecha del traslado ostentaba 471 semanas de cotización, sin haber recibido además asesoría sobre la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que la AFP PORVENIR S.A. realizó simulación pensional, estableciéndose que para la data en que arribe a los 62 años, el valor de la mesada pensional sería de un salario mínimo legal mensual vigente, por el contrario, según la simulación pensional realizada por COLPENSIONES, obtendría una mesada pensional que equivale a la suma de \$1'327.224.

Finalmente, que presentó derecho de petición el 12 de noviembre de 2019 ante la AFP PORVENIR S.A. solicitando declarar la nulidad del traslado del régimen y el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a su vez, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2019 solicitando la misma petitoria, solicitudes fueron desatadas de forma desfavorable.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia algún vicio en el consentimiento



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional; que lleva más de 20 años en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin manifestar inconformidad alguna, máxime que COLPENSIONES ha actuado conforme a la ley, ello en tanto el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de fondo como prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

Asimismo, PORVENIR S.A. contestó la demanda, haciendo alusión a que la afiliación realizada por el demandante fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada por lo que no existen vicios en el consentimiento que puedan soportar la nulidad o la ineficacia en el traslado del régimen, sin que deba soslayarse que el documento público de afiliación, se observa la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del C.G.P. y el artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S. puesto que, el demandante estuvo afiliado durante 21 años sin mencionar inconformidad alguna.

Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

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

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 11 de diciembre de 2000 con efectividad a partir del 1º de febrero de 2001; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo cotizaciones y rendimientos financieros en un término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; a su



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

vez ordenó a COLPENSIONES a recibir al afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a actualizar la historia laboral del demandante.

Como fundamento de la decisión señaló que la AFP accionada no acreditó el cumplimiento del deber de información, carga probatoria que se encuentra a su cargo de conformidad con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia; de igual manera que la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado, así como la devolución de los emolumentos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión del *a-quo* PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación en el que señala que no se deprecó una ineficacia por falta del deber de información, sino por el no cumplimiento de una expectativa pensional, por ende, no se cumple el presupuesto del artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, esto es, que se debe declarar la ineficacia cuando se vulnere el derecho de la libre elección del régimen pensional.

Además, infiere que el deber de información no existía para la época en que se realizó el traslado, por lo que PORVENIR S.A. para el año 2000 estaba en la imposibilidad jurídica y fáctica de brindar una asesoría conforme a las características del precedente jurisprudencial decantado por la Corte Suprema de Justicia; por ende, no se puede declarar la ineficacia por no aportarse documento distinto al formulario de afiliación.

A su turno COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque parcialmente la sentencia del *a-quo* en el numeral segundo, y se adicione e incluya los gastos de administración a favor de COLPENSIONES con el fin de que pueda obtener los aportes completos realizados por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, las cuales hace aplicación del artículo 1746 del Código Civil.

### **IV. CONSIDERACIONES:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”*.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”*.



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara el actor el 11 de diciembre de 2000 con efectividad del 1º de febrero de 2001 a la AFP PORVENIR S.A., formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del asesor de la AFP.

En respaldo de lo anterior, la sentencia CSJ SL 1688-2019, sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

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



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

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 2000, una *“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”*.

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, respecto de incluir los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP PORVENIR S.A. no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, en el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, se dispuso:

*“SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MILTON RAMIRO GONZALEZ RENGIFO, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

En ese orden de ideas, es factible estimar que al ordenar el retronó de todos los valores que se hubieren recibido, se incluyen los gastos de administración, no obstante, a efectos de clarificar el alcance de la decisión, se adicionará la decisión a efectos de incluir expresamente la devolución de los gastos de administración.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Como corolario de lo anterior, se adicionará la decisión de primer grado referente al numeral segundo, en cuanto a la inclusión de los gastos de administración que tendrá que efectuar PORVENIR S.A a COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### RESUELVE:

**PRIMERO: ADICIONAR** parcialmente el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en lo referente a la inclusión de los gastos de administración que debe efectuar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá

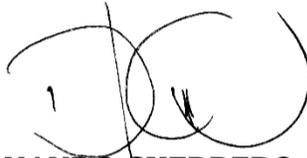


República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

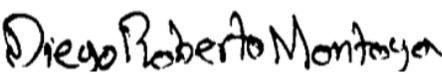
de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

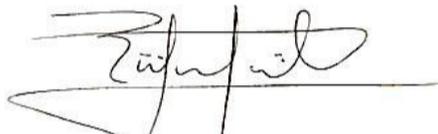
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 31 2020 00276 01  
Demandante:                        LEIDY VIVIANA SANCHEZ ALSINA  
    CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ  
    LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY  
Demandado:                         COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación elevado por la parte actora y los demandantes en reconvención en contra de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA, instauró demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS S.A., a fin de que se declare que tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes y demás valores causados con ocasión del fallecimiento de su cónyuge OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES.

En consecuencia, solicita se condene a la convocada a juicio a pagar la prestación pensional deprecada desde la fecha de fallecimiento del causante, esto es, desde el 26 de septiembre de 2019, junto con los demás valores adeudados debidamente indexados, intereses moratorios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones refirió que contrajo matrimonio con el señor OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES el 27 de noviembre de 2017, unión de la cual no se procrearon hijos. De otra parte, expuso que su cónyuge se encontraba afiliado al fondo de pensiones demandado desde diciembre de 2006 y que falleció el 26 de septiembre de 2019 a causa de una enfermedad de origen común, dejando acreditadas más de 50 semanas de cotización en los últimos tres (3) años anteriores al deceso, precisando que, para la fecha del deceso del causante, ella contaba con 26 años de edad.

Adicionalmente, manifestó que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 23 de diciembre de 2019, la que fue denegada por la AFP mediante oficio RAD-61895-04-20 el 8 de abril de 2020, aduciendo que la promotora no convivió con el afiliado el término estipulado por la ley; petición que reiteró el 17 de junio de 2020, la que fue respondida por la accionada el 10 de julio de 2020, indicando que había rechazado la solicitud que en el mismo sentido habían elevado CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ; en cuanto a la solicitud de la actora, indicó el fondo que SEGUROS BOLIVAR S.A. no había realizado pronunciamiento alguno al respecto.

Adujo que ante la falta de respuesta de fondo por parte de la pasiva a la referida petición, presentó acción de tutela, la que fue fallada a su favor mediante sentencia de 6 de agosto de 2020, motivo por el cual COLFONDOS S.A. se pronunció a través de oficio con RAD-67001-09-2020 de 1º de septiembre de 2020, en el cual rechazó su solicitud de pensión, reiterando que no cumple con el requisito de convivencia que estipula el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y en cuanto a la solicitud de documentos nada se adujo. Por último, indicó que cumple con los requisitos para ser acreedora a la prestación pensional que reclama.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLFONDOS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó que la promotora no convivió el término estipulado por



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

la ley con el afiliado, razón por la cual no adquirió el estatus de beneficiaria y consecuentemente no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada. De otra parte, esgrimió que CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY también solicitaron la pensión de sobrevivientes en calidad de padres del causante.

Formuló las excepciones denominadas cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, buena fe, compensación y pago, prescripción y la innominada o genérica.

A su turno, los litisconsortes necesarios CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY contestaron la demanda, en atención a la vinculación que se les hiciera en el auto admisorio de 16 de septiembre de 2020, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por no encontrar respaldo en la realidad de los hechos, así como tampoco acreditar la demandante el cumplimiento de los requisitos legales para hacerse acreedora del derecho pensional del afiliado fallecido.

Propusieron como excepciones de mérito las de falta del lleno de requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, existencia de otros beneficiarios y la innominada o genérica.

Asimismo, presentaron demanda como terceros *ad excludendum* en contra de COLFONDOS S.A., en la que solicitaron se declare que en su calidad de padres del causante dependían económicamente de este y en consecuencia, tienen derecho a que COLFONDOS S.A. les reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, se ordene el pago del retroactivo pensional debidamente indexado, los intereses moratorios, junto con lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Mediante auto de 2 de febrero de 2021, se admitió la demanda en reconvención promovida por los litisconsortes necesarios CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY en contra de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y de la señora LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Acorde con lo anterior, la demandada en reconvención LEIDY VIVIANA SANCHEZ ALSINA, contestó la misma con oposición a las pretensiones, señalando que carecen de fundamento fáctico, jurídico y probatorio, dado que cumple con los requisitos para ser beneficiaria de la pensión que reclama.

Propuso como excepción la que denominó inexistencia del derecho por ausencia de otros beneficiarios con igual o mejor derecho que la señora LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA.

Por su parte, la demandada en reconvención COLFONDOS S.A. guardó silencio respecto de dicha demanda.

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

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, declaró probada la excepción de mérito denominada cobro de lo no debido propuesta por la parte demandada COLFONDOS S.A. y la absolvió de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la demandante principal y los demandantes en reconvención.

Para arribar a dicha conclusión indicó que, encontró acreditado que el señor OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES falleció el 26 de septiembre de 2019, y que contrajo matrimonio el 27 de noviembre de 2017 con la demandante LEIDY VIVIANA SANCHEZ ALSINA, lo que se colige de los registros de defunción y matrimonio aportados al plenario, además que la citada promotora para la fecha del deceso del causante contaba con la edad de 26 años, por cuanto nació el 2 de junio de 1993 y el que causante cotizó al sistema de seguridad social en pensiones más de 50 semanas en los últimos tres años anteriores al óbito, según da cuenta la historia laboral allegada por COLFONDOS S.A.

Igualmente, que mediante oficios de 8 de abril de 2020 y 1º de septiembre de la misma calenda, el fondo de pensiones convocado a juicio negó la pensión de sobrevivientes a la cónyuge por considerar que no cumplía con el requisito de convivencia establecido en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. De la misma forma, indicó la juzgadora de primer grado que los demandantes en



reconvención CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY, acreditaron la calidad de progenitores del causante, de acuerdo a la documental obrante el proceso; precisiones estas que realiza por cuanto no le es dable al juez hacer modificaciones o abordar el estudio sobre determinadas calidades o hechos reconocidos por las partes como los anteriormente mencionados, de acuerdo a lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL9717 de 2017.

De otra parte, señaló que la norma a aplicar al caso en concreto es la vigente para el momento del fallecimiento de quien se pretenda ser sustituido, de acuerdo a lo sostenido en la reiterada jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad, entre otras, en sentencias SL1001 y SL1441 de 2021; por tanto, conforme al registro civil de defunción del causante, se advierte que falleció el 26 de septiembre de 2019, por lo que la regulación legal del caso alude a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que establecen los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes y quienes son beneficiarios de la misma.

Así las cosas y como consecuencia del análisis de dichos requisitos, refirió que el afiliado alcanzó más de 50 semanas de cotizaciones con anterioridad a su fallecimiento como se pudo evidenciar de la historia laboral aportada al plenario, en cuanto al requisito de convivencia, indicó que conforme lo indicado en sentencia emanada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL1399 de 2018, tal presupuesto debe ser efectivo, material y real.

Asimismo, trajo a colación la sentencia SL1730 de 2020, a través de la cual el máximo tribunal de la jurisdicción laboral moduló su criterio frente a la pensión de sobrevivientes, respecto del afiliado que fallece, indicando que para la cónyuge o compañera permanente del causante no es exigible la acreditación de tiempo completo de convivencia alguno, en tanto, solo es necesario demostrar la comunidad de vida entre los consortes para consolidar el derecho; sin embargo, mediante sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal interpretación y siguió conservando la misma línea interpretativa sobre los presupuestos legales que regulan la pensión de sobrevivientes o la sustitución pensional, a la cual se adhirió ese estrado judicial.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Acorde con lo anterior, al analizar el requisito de la convivencia de la actora con el causante, de los testimonios practicados no se demostró la convivencia alegada en la demanda, como quiera que los deponentes no fueron testigos presenciales de la misma, situación que solo coligió la actora en su declaración por un lapso inferior de cinco (5) años, esto es, desde la fecha del matrimonio hasta el deceso del cónyuge afiliado, denegando así la pensión de sobrevivientes a la actora, al no haber demostrado la convivencia efectiva por dicho lapso de tiempo.

En cuanto a las pretensiones de los demandantes en reconvención CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY, refirió que no se pudo establecer la dependencia económica con el causante, la que si bien no puede comprenderse en términos absolutos, pues la única condición que debe cumplirse es que los ingresos no sean suficientes para garantizar su subsistencia en condiciones mínimas y dignas, de acuerdo a lo señalado en sentencias SL1243 de 2019 y 1220 de 2021, también lo es, que no se pudo determinar subordinación económica de algún grado respecto del hijo fallecido a los ascendientes, por lo que igualmente absolvió a la administradora de pensiones demandada de las pretensiones que impetraron los demandantes en reconvención.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandante LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA presentó recurso de apelación solicitando se aplique al caso un enfoque diferencial, desde una perspectiva de género en razón de la condición de mujer de la promotora, atendiendo las particularidades que le subyacen. Mencionó que el debate que existe entre las Altas Cortes no puede ser trasladado a la usuaria pues, por un lado, la Corte Constitucional señala que el requisito de convivencia se aplica tanto para pensionados como para afiliados, mientras que para la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señala que ese requisito es solo exigible en los casos de pensionados y no de afiliados, última posición que a juicio de la activa debe ser aplicada al *sub-lite*.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Adujo que la reclamación de la parte de la actora no es ilegítima, pues si bien quedo ampliamente demostrado que pese a no reunir el requisito de convivencia por escasos meses, no existe una voluntad de la demandante en defraudar el sistema, ya que el requisito de 5 años fue concebido únicamente para el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y no para el literal b) de la misma disposición, pues si bien, a primera vista se advierte que existe un término mínimo de convivencia, y es apenas lógico, ya que resulta imposible para cónyuges menores de 30 años cumplir el requisito de convivencia cuando hasta ahora están empezando a convivir, de manera que el ordenamiento jurídico no puede dejar desprotegido a los legítimos beneficiarios que en el caso sería la cónyuge demandante.

Escenario que encuentra sustento en lo regulado en la sentencia C-1094 de 2003, la cual declaró exequible el literal b) del artículo 13 de la Ley 797, y que fue congruente en señalar que el régimen de convivencia de 5 años, solo se aplica a los pensionados, por tanto, solicita se aplique al caso la postura asumida en sentencia SL 1730 de 2020, por ser más garantista y favorable, a lo que se suma que se debe aplicar el principio *indubio pro operario*.

Por su parte, los demandantes en reconvención CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY en su alzada indicaron que se les habían vulnerado su derecho a la contradicción, ya que no se les notificó que se celebraría audiencia el 6 de octubre de 2021, ni por parte del Juzgado de origen, esto es, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, ni del que asumió el conocimiento del proceso, es decir, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio de Bogotá, ya que conforme el Decreto 806 de 2020, es un acto de lealtad procesal comunicar las providencias mediante correo electrónico a las partes, o responder las solicitudes que elevan los usuarios, por tanto, el día en que se llevó a cabo dicha audiencia, el apoderado de la citada parte informó a un funcionario del juzgado que se comunicó con él para informarle que lo estaban esperando para ingresar a la audiencia, que no se encontraba en la ciudad de Bogotá y que le era imposible asistir, por lo que ante la falta de conectividad solicitó otra oportunidad para evacuar la misma, aspecto que no tuvo en cuenta el Juzgado.



De otra parte, señaló que los demandantes en reconvención siempre fueron dependientes de su hijo ÓSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES, y como vino de verse, se ha vulnerado sus derechos de contradicción, defensa y práctica de pruebas, por la que solicitó se de aplicación al numeral 2º del artículo 327 del C.G.P. y se practiquen las pruebas que se dejaron de evacuar en la primera instancia, teniendo en cuenta que su no práctica se dio sin culpa de la parte que la solicitó.

En ese entendido, si bien el causante contrajo nupcias, la cónyuge no cumplió con el requisito de convivencia, razón por la cual conforme la norma aplicable al caso, es claro que debe otorgarse el derecho a los padres, pues al no existir mejores beneficiarios, les corresponde el derecho ya que antes del deceso dependían económicamente de su hijo. Sin que se pueda perder de vista, que el requisito para percibir la pensión de sobrevivientes en caso de la cónyuge o compañera permanente es contar con un tiempo de convivencia de 5 años, situación que en el presente proceso no se acreditó, y por el contrario, los padres del causante dependían de él, lo que se colige del formulario allegado por COLFONDOS S.A., en donde la demandante manifestó constarle que su difunto cónyuge le ayudaba o le colaboraba a sus padres en atención a su elevada edad, en consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda de reconvención.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de auscultarse si a la demandante principal LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA en su calidad de cónyuge supérstite, o, a los demandantes en reconvención CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY en su condición de padres,



les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes pretendida, como consecuencia del fallecimiento del causante OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES.

**c. De la calidad de afiliado del causante:**

Previo a avanzar con el análisis del caso, considera la Sala pertinente pronunciarse sobre uno de los argumentos expuestos por los demandantes en reconvencción exponen en su alzada, pues argumentan que se vulneraron sus derechos de contradicción, defensa y práctica de pruebas, por la que solicitan se de aplicación al numeral 2º del artículo 327 del C.G.P. Ello, por cuanto en la audiencia celebrada el 6 de octubre de 2021, oportunidad en la que se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 80 del C.P.T. y de la S.S., esa parte no se conectó a la misma e informó que no estaba en la ciudad, por lo que solicitaba se señala otra fecha para evacuar las pruebas.

Sobre el particular, debe indicarse que la norma en cita, señala que cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; luego, si bien es posible tal decreto en esta instancia, también lo es que la solicitud solo procede durante el término de traslado del auto que admite la apelación, no por solicitud efectuada en la sustentación del recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado.

De otro lado, se advierte al verificar la consulta de procesos de la página *web* de la Rama Judicial, que la audiencia de 6 de octubre de 2021, fue fijada en estado el 30 de septiembre de 2021, luego, es deber de las partes estar atentos a las actuaciones que se surtan en el proceso, conforme lo regulado en el artículo 78 del C.G.P., y elevar las peticiones del caso en la oportunidad procesal pertinente, ya que si no le era posible asistir a la audiencia, tenía a su alcance justificar debidamente esa situación, argumento que resulta insuficiente para dar por entendido que en el caso en comento, no se vulneró el derecho de defensa y contradicción de la parte que representa, máxime que no se cumplen los



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

presupuestos para decretar pruebas en esta instancia, en tanto se fijó y notificó en debida forma la fecha para su evacuación.

Una vez determinado lo anterior, y como quiera que la cónyuge supérstite en su alzada solicita se aplique al caso un enfoque diferencial, desde una perspectiva de género en razón de su condición de mujer, debe indicar este Juez Colegiado que, si bien es deber del Juez Laboral asumir el derecho a la igualdad y comprender que los sistemas pensionales no son neutros respecto al género, pues su arquitectura, al estar sustentada en un modelo tradicional, esconde elementos propios que generan inequidad para las mujeres, tal como se ha señalado en sentencia SL1727-2020, con Radicación No. 53547 de 17 de marzo de 2020; también lo es que, que no se advierte en el presente asunto un escenario discriminatorio entre las partes.

Precisado lo anterior, es del caso memorar que no fue objeto de discusión que el causante OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES falleció el día 26 de septiembre de 2019, tal como da cuenta el Registro Civil de Defunción (archivo No. 002), acreditando un total de 446.57 semanas cotizadas, lo que se corrobora de la historia laboral actualizada al 18 de noviembre de 2020, expedida por COLFONDOS S.A. (archivo 021), al igual que la demandante en la actualidad cuenta con 28 años de edad, por cuanto nació el 2 de junio de 1993 según se acredita de la copia de su cédula de ciudadanía; y que contrajo matrimonio con el causante el 27 de noviembre de 2017, según se observa del Registro Civil de Matrimonio obrante en el plenario, el cual contiene nota marginal de corrección respecto de la fecha de celebración del mismo (archivo No. 002); además, de lo atinente a la condición de padres del causante, de los demandantes en reconvención CARMEN SOFÍA TORRES DE MARTÍNEZ y LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY, conforme se evidencia del Registro Civil de Nacimiento del afiliado fallecido (archivo No. 010).

Tampoco el hecho que a la demandante principal y los demandantes en reconvención actuando en las condiciones anteriormente referidas, a través de comunicaciones adiadas el 8 de abril y 1º de septiembre de 2020 y 10 de julio de 2020, respectivamente (archivo No. 002), se les negó la pensión de sobrevivientes por parte de la administradora de pensiones convocada a juicio,



bajo el entendido que la consorte no acreditaba el requisito de convivencia y los padres el de dependencia económica respecto del causante.

En tal sentido, y de acuerdo con los argumentos de la demandante principal en su alzada y al haberse determinado que el señor OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES falleció el 26 de septiembre de 2019, se tiene que la norma llamada a regir la presente controversia es el artículo 73 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 46 *ejusdem*, modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual dispone:

**“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.** *Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

“[...]

*“2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando este hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:”*

A su turno el artículo 74 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en sus literales b) y d), establece:

**“ARTÍCULO 74. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.**

*“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

*“b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).”*

“[...]



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;”.*

**d. De los requisitos para ser beneficiario de la sustitución pensional:**

De acuerdo con lo anterior, de la historia laboral allegada por la entidad en el expediente administrativo, se aprecia que el causante realizó dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, esto es, por el periodo comprendido entre el 27 de septiembre de 2016 y el 26 de septiembre de 2019, un total de cotizaciones de 154 semanas, cumpliendo así con el primer requisito preceptuado en la norma.

Realizada la anterior precisión, pasa la Sala a establecer si la demandante LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA tiene la calidad de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante, en su condición de cónyuge supérstite y posteriormente se analizará el derecho que le puede asistir a los padres del afiliado fallecido. Para tal fin, resulta indispensable tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 y entrar a precisar la línea jurisprudencial que sobre la exégesis de esta norma existe, en punto del requisito de convivencia.

En tal sentido, lo primero que vale recabar es que conforme al literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y hayan convivido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. Mismos requisitos que conforme los argumentos de la administradora de pensiones encartada le son exigibles a la cónyuge del afiliado fallecido, según la respuesta que emitió a la solicitud que ésta efectuara reclamando la prestación pensional en disputa.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, desde tiempo pretérito ya se había pronunciado respecto del alcance del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que regula quienes son beneficiarios de



la pensión de sobrevivientes y lo atinente al requisito de convivencia en sentencia del 20 de mayo del 2008, con Radicación No. 32393, en la que señaló:

*“En lo que respecta a la exigencia de la convivencia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en relación al texto de la norma anterior, no hizo sino aumentar de dos a cinco años el mínimo requerido y, como quiera que el artículo 12 ibidem conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a “los miembros del grupo familiar” del pensionado o afiliado fallecido, en principio, no existe una razón valedera para cambiar la posición de la Sala, plasmada en la jurisprudencia contenida en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), pues el simple aumento del tiempo mínimo que debía convivir la pareja antes de la muerte del causante, sería irrelevante frente a los supuestos de la norma que tuvo en cuenta la Corte para llegar a la conclusión de que se debía dar un trato igual, tanto a los beneficiarios del PENSIONADO como del AFILIADO.”*

*“No obstante, la norma incluyó otros elementos nuevos, que no contenía la anterior, y que necesariamente requieren de un análisis especial.*

*“Del texto transcrito de los literales a) y b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se desprenden las siguientes situaciones:*

*“[...]*

*“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes de manera temporal, hasta por 20 años, mientras viva el beneficiario:*

*“4) El cónyuge o la compañera o compañero permanente (del AFILIADO o PENSIONADO), que tuviere menos de 30 años de edad al momento del fallecimiento del causante, y no hubiere procreado hijos con éste. Caso en el cual el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión.”*

*“[...]*

*“Es indudable que en los eventos 1 a 4, para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente, tengan derecho a la pensión de sobrevivientes, deben ser “miembros del grupo familiar del afiliado”, tal como lo señala expresamente el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y esa condición la tienen, como lo sostuvo la Sala en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560):*

*“...quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos”.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46.”*

*“En consecuencia, para demostrar su condición de beneficiarios, es indudable que este grupo de personas, debería acreditar la convivencia con el causante al momento de su muerte, pues, de lo contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, no harían parte de su grupo familiar, aunque alguna vez lo hayan sido.”* (Subrayado fuera de texto).

Bajo esa senda, claro es que, en el caso de la cónyuge menor de 30 años al momento del deceso del afiliado, se hacía necesario acreditar el requisito de convivencia, en los casos reseñados en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, desde la sentencia SL 40055 del 2011 y como se explicó más adelante con mayor detenimiento en la SL 41637 del 24 de enero del 2012, la cónyuge con vínculo matrimonial vigente puede acceder a la pensión de sobrevivientes, siempre que acredite cinco (5) años de convivencia en cualquier tiempo, indistintamente que exista o no compañero o compañera permanente, posición que en la actualidad sigue vigente, tal como se ha expuesto en reiterada jurisprudencia, entre otras, en sentencia SL- 2015 del 28 de abril del 2021, Radicación No. 81113.

Cabe mencionar que la postura adoptada en la sentencia con Radicación No. 32393 del 2008, consistente en que el requisito de convivencia resulta exigible al cónyuge y/o compañero permanente, indistintamente de si se trata de muerte de afiliado o de pensionado, se mantuvo incólume desde dicha data y hasta el año 2020, a través de innumerables pronunciamientos, como SL 793 del 13 de noviembre del 2013, Radicación No. 47031, SL-14068 del 27 de abril del 2016, Radicación No. 49692, SL- 1399 del 25 de abril del 2018, Radicación No. 45779, SL-3468 del 22 de agosto del 2018, Radicación No. 62766 y SL- 347 del 13 de febrero del 2019. En esta última se indicó:

*“Al respecto, estima la Sala que, so pretexto de interpretar el contenido de la sentencia CC C-1094 de 2003, efectivamente el Tribunal distorsionó el sentido hermenéutico del literal b del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*cuanto la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la convivencia de cinco (5) años prevista en esta norma se predica tanto para el evento del fallecimiento del **afiliado** como del **pensionado**, para efectos de la pensión de sobrevivientes, pues no existen razones válidas para establecer diferenciaciones entre los beneficiarios del primero y los del segundo y, porque, además, la convivencia constituye un elemento fundamental para la configuración del derecho pensional, que no sufrió modificaciones sustanciales con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, salvo en lo referente al tiempo mínimo de vida en común, como se dijo recientemente en la sentencia CSJ SL3468-2018.”*

Sin embargo, tal postura fue modificada en la sentencia SL- 1730 del 3 de junio del 2020. No de Rad.77327, en la cual la Corte Suprema de Justicia recogió el criterio imperante hasta ese momento y precisó, que acorde a un nuevo análisis de la norma, realizado de cara a la nueva composición de la Sala, se logró determinar que el requisito de cinco (5) años de convivencia tan solo resultaba exigible en los casos en que se discutiera la pensión de sobrevivientes del pensionado, más no para el caso de los afiliados. Tesis a las cual arribó, tras las siguientes disquisiciones:

*“Para la Sala, dada la nueva revisión del alcance de la norma acusada, las anteriores consideraciones deben permanecer incólumes, ante lo expuesto por la misma Corte Constitucional en la sentencia CC C-336-2014, aducida por la censura, en la que tangencialmente equiparó el requisito de convivencia mínima, en el caso de afiliado y pensionado, y acto seguido citó la sentencia CC C-1176-2001 y la anteriormente referida, en cuanto al límite temporal exigido a los beneficiarios del pensionado y su legítimo fin; empero, el análisis de constitucionalidad efectuado se encontraba dirigido en esa oportunidad, a otros supuestos contenidos en la norma, esto es, el aparte final del último inciso del literal b) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, por lo que no tiene la virtualidad de modificar lo considerado en la sentencia CC C-1094-2003, además de no constituir el objeto de este recurso.*

*“Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:*

*“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*“a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. **En caso de***



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado**, el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (subraya y negrilla fuera de texto)

“Adicionalmente, en la exposición de motivos de la Ley 797 de 2003, cuando se procedió a la sustentación de los preceptos del proyecto de ley, en lo concerniente al artículo 17 «BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES», se precisó que “Se regulan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes estableciendo uniformidad entre los regímenes de prima media y de ahorro individual con solidaridad. **Adicionalmente se establece que el cónyuge o compañero permanente debe haber convivido con el pensionado por lo menos cuatro años antes de fallecimiento con el fin de evitar fraudes**” (subraya y negrilla fuera de texto).

“Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente superviviente del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate,**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.” (Negrilla fuera de texto)*

De lo expuesto, se sigue que la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, tras aplicar los métodos de interpretación teleológicos y textual, esto es acorde de la interpretación del legislador, así como la literalidad de la norma, a más de recabar en el propio criterio expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias C-336 del 2014 y C-1176 del 2001, cuyos apartes se citan dentro de la *ratio decidendi* de la sentencia, concluyó que para acceder a la pensión de sobrevivientes por muerte del afiliado, basta acreditar la *“condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia”*.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la referida sentencia SL-1730 del 3 de junio del 2020, se dejó sin valor ni efecto por parte de la Corte Constitucional en la sentencia SU-149 del 2021. Sin embargo, tal supuesto no implica que exista a la fecha un cambio de postura por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pues existen diversas sentencias posteriores a la reseñada, en la que se mantuvo incólume la referida postura, entre otras, la SL5270-2021, con Radicación No. 86941 de 3 de noviembre de 2021, en la que además de reiterar dicho criterio y reproduce las razones por las cuales se aparta de la decisión del órgano de cierre constitucional, así:

*“La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).*



*“En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), la conformación y pertenencia al núcleo familiar, con vocación de permanencia, así como la convivencia vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

*[...]*

*“Así fue como la Sala fijó el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que el tiempo de convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado, en la sentencia CSJ SL1730-2020, que fue reiterado en otras, como la CSJ SL3843-2020, CSJ SL3785-2020, CSJ SL4606-2020, CSJ SL489-2021, CSJ SL362-2021, CSJ SL1905-2021 y CSJ SL2222-2021.*

*“Conviene advertir que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CP ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.*

*“En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.*

*[...]*

*“Finalmente, resulta necesario precisar, que la sentencia CSJ SL1730-2020, en la que se fijó inicialmente el criterio en el que se insiste en esta nueva oportunidad, fue dejada sin efectos mediante la sentencia CC SU-149-2021, proferida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, empero, esta Sala especializada se aparta de lo razonado en esa providencia, a la que se dio cumplimiento mediante sentencia CSJ SL4318-2021, por las razones allí esbozadas, que se traen nuevamente a colación, para cumplir con la carga de transparencia, exponiendo con precisión y suficiencia los argumentos de índole jurídico, por los que se aparta del precedente constitucional referido.*



*“Para esta Sala, en ninguna interpretación irrazonable ni desproporcionada del literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 se incurrió en la decisión que se dejó sin efectos por la Corte Constitucional, ni en esta que reafirma el mismo criterio; por el contrario, la intelección dada se acompasa perfectamente con los supuestos establecidos en la disposición en comento, y más aún, con la clara finalidad del legislador al prever las condiciones para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge o de compañero (a) permanente, de afiliado (a) o de pensionado (a), y la protección de su núcleo familiar, sin que se produzcan los resultados desproporcionados aducidos, respecto a la finalidad de la pensión de sobrevivientes, ni se esté en contraposición con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que valga acotar, en materia de pensión de sobrevivientes tiene un alcance y naturaleza distinta.*

*“Lo anterior, si se tiene en cuenta que esta prestación, así como la de invalidez, se financia en el sistema pensional, no solo con los aportes de los afiliados, sino con la suma adicional a cargo de las aseguradoras, en el régimen de ahorro individual, por el seguro previsional; con la reserva pensional para ese efecto, del fondo común en el régimen de prima media; y, en el sistema de riesgos profesionales, la financiación está dada por las normas propias de los seguros, en virtud de la ocurrencia de los respectivos siniestros.*

*“Es por ello, que la decisión no tendría la virtualidad de afectar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, menos aún la sostenibilidad fiscal, que como lo recordó el alto Tribunal Constitucional difiere de aquel principio, puesto que está dirigido a reducir el déficit fiscal, esto es, la brecha entre el ingreso y el gasto público, y en sus palabras «no puede servir de fundamento para el menoscabo de los derechos fundamentales, la restricción de su alcance o la omisión en su protección» (CC SU-149-2021), resultando por el contrario relevante, para cumplir los fines propios del Estado Social y Democrático de derecho.*

*“Y, en manera alguna se violentó el principio de igualdad, tal como expresamente se analizó con anterioridad, en tanto que, como lo ha precisado de manera reiterada la misma Corte Constitucional, ésta solo puede predicarse entre iguales, y la diferenciación establecida por el legislador, encuentra plena justificación en las discrepancias entre uno y otro supuesto, persiguiendo una finalidad que esa misma Corporación consideró legítima en la sentencia CC C-1094-2003, al analizar la constitucionalidad de la regulación que la consagra, declarando en esa oportunidad la exequibilidad de la disposición.*

*“Tampoco se desconoció el precedente constitucional en la sentencia que se dejó sin efectos, pues se itera, no evidencia esta Sala un verdadero acierto en la afirmación efectuada respecto a que, en la sentencia CC SU-428-2016, se fijó una regla jurisprudencial aplicable al caso, esto es, de convivencia mínima de cinco años tratándose de muerte de pensionado o de afiliado, tema al que se hizo referencia de manera tangencial, entre los otros que fueron puestos a consideración del órgano de cierre constitucional, advirtiéndose al respecto la necesidad de ser miembro del grupo familiar del causante al momento de su muerte, y de la convivencia real y efectiva, para lo cual se remitió al precedente de esta Corporación,*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*sin que esa consideración riña con la precisión jurisprudencial que fuera invalidada.*

*“En todo caso, tal decisión constitucional lo que hace es adaptar las consideraciones de las providencias CC C-336-2014 y CC C-1176-2001, como justificación de ese mínimo tiempo de convivencia, mediante la cita de apartes que se encuentran referidos específicamente a la protección del pensionado y su familia, sin análisis y justificación alguna respecto de la extensión de tales exigencias para cuando muere un afiliado al sistema pensional, caso en el que el legislador no previó ese mínimo.*

*“Y es de ahí justamente, de donde se deriva que, en verdad, no constituye el precedente específicamente aplicable, ni podía dar lugar al defecto sustantivo por su desconocimiento, ni a la imputación de incumplimiento de las cargas de transparencia y argumentativa, en tanto que la precisión jurisprudencial justamente se sustentó en las consideraciones de la Corte Constitucional en asuntos y materias que sí guardan estrecha identidad con la que fue objeto de debate, atendiendo particularmente a las argumentaciones expuestas en la sentencia de constitucionalidad, que analizó el mencionado requisito y la diferenciación legislativa legítima prevista, por lo que forzoso es concluir que, el único precedente aplicable en la materia, lo constituye ahora si la sentencia CC SU-149-2021, de la que se aparta esta corporación.*

*“La totalidad de razones expuestas, son más que suficientes para la modificación del criterio jurisprudencial, que hoy se reproduce, frente a la interpretación adecuada de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, lo que resulta constitucional y legalmente válido, dentro del marco de las competencias de esta Sala, en su función de unificación de la jurisprudencia laboral, de conformidad con lo dispuesto en el art. 16 de la Ley 270 de 1996 y 235 de la CP, con sus modificaciones.”*

Determinado lo anterior, debe indicar la Sala que se acoge a la última postura imperante en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, esto es, que en caso de muerte del afiliado para ser beneficiario de la pensión basta con comprobar la calidad de cónyuge o compañero permanente a la data del deceso, sin que sea necesario acreditar cinco (5) años de convivencia, requisito que solo es exigido normativamente en el evento del deceso de un pensionado.

Pues como vino de verse, tal imperativo no es óbice para denegar la prestación pensional de sobrevivientes, según la posición vigente del alto Tribunal de cierre de esta especialidad, la cual es aplicable al caso que concita la atención de la Corporación, dado que el requisito de convivencia aquí analizado, fue precisamente la talanquera impuesta por la administradora de pensiones demandada para reconocer la pensión de sobrevivientes a la cónyuge



demandante, que por demás para la fecha del deceso del afiliado no alcanzaba la edad de 30 años.

**c. Del caso en concreto:**

Descendiendo al *sub-examine*, y acorde con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., la Sala procede a examinar el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de la cónyuge supérstite señora LEIDY VIVIANA SANCHEZ ALSINA, reiterando que no fue objeto de controversia que contrajo nupcias con el señor OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES, el 27 de noviembre de 2017, según se corrobora del Registro Civil de Matrimonio que obra en el archivo No. 002 del expediente; luego, efectivamente se encuentra comprobada la calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido de la referida demandante.

De otra parte, recuérdese que, si bien no se exige requisito mínimo de convivencia, si es necesario verificar la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, según se dijo en la jurisprudencia traída a colación precedentemente.

Al respecto, se observa que en comunicación calendada el 10 de julio de 2020 con Radicado RAC-681-07-2020, dirigida al demandante en reconvención LUIS ERNESTO MARTÍNEZ MONROY, la enjuiciada COLFONDOS S.A. le señala entre los argumentos que esgrimió para rechazar la solicitud pensional, que el afiliado residía en la calle 31 A No. 1E-01 barrio la Cordialidad de los Patios Norte de Santander con su cónyuge, señora LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA, desde marzo de 2019, hasta que se produjo su deceso, que los gastos del hogar ascendían a \$5.330.000 y que recibieron en el último mes como sueldo la suma de \$7.000.000 (archivo No. 008).

Aspectos que fueron corroborados en la investigación que efectuó el fondo de pensiones, pues nótese que en la entrevista que le realizó a la cuñada del causante, EDILMA AMAYA CÁRDENAS, esta corroboró que el afiliado convivía con su cónyuge en un apartamento de propiedad de la suegra de este y que ella



estuvo pendiente del causante en la clínica durante su enfermedad (archivo 021).

Así mismo, en el transcurrir del trámite procesal se recibió el testimonio de KARIME DE LIZETH LIZCANO GÓMEZ, quien refirió ser amiga de la pareja, precisando que conoció primero a la demandante LEIDY VIVIANA hace más de 10 años y que en el año 2016 le presentó al causante como su novio, con el cual contrajo matrimonio, y posteriormente vino la enfermedad y la muerte del causante; que la pareja no procreó hijos y que quien asumía los gastos del hogar era el causante, por cuanto la actora se encontraba estudiando y que la pareja nunca se separó; que conoció de la enfermedad del causante, pues le colaboró con el tema de autorizaciones y tutelas para unos medicamentos de alto costo. Asimismo, manifestó que la cónyuge demandante siempre cuidó de su cónyuge y lo acompañó en la casa y en la clínica cuando estuvo hospitalizado, que la pareja se casó en noviembre de 2017 y convivieron en el municipio de Los Patios.

Por su parte, el testigo JOSÉ GABRIEL CORONEL GONZÁLEZ, sostuvo que conoció a la demandante en la iglesia de Sabana de los Patios cuando empezó a predicar en el 2011 y al causante en 2014 o 2015 cuando llegó a Cúcuta. Que se enteró que la actora y el afiliado fallecido eran novios porque aquel le contó de la relación y como era pastor los casó en 2017; mencionó además que la pareja no tuvo hijos y que los gastos del hogar recaían en ambos, pues fue una situación que el causante le comentó al deponente, que nunca supo que la pareja se separara y que la cónyuge siempre estuvo pendiente de su esposo en la enfermedad; refiriendo que conoció de la convivencia de la pareja por la amistad que los unía.

De cara a lo indicado, se corrobora con claridad que para la fecha del deceso, la demandante además de ostentar la calidad de cónyuge superviviente del causante, como se expuso anteriormente, hacía parte del núcleo familiar del afiliado para la fecha del fallecimiento de aquel, el cual como se reseñó tenía vocación de permanencia viéndose reflejada en el proyecto de vida en común que la pareja emprendió desde que contrajo nupcias hasta el deceso del cónyuge, el cual estuvo provisto de acompañamiento y ayuda mutua como vino de verse.



En consecuencia, para la Sala se encuentran acreditados los requisitos de ley por parte de la demandante LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA, para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, por lo que habrá de revocarse la sentencia de primer grado, y en su lugar se concederá la pensión a la cónyuge supérstite.

En este punto, y dado que los demandantes en reconvención expusieron en su alzada que la cónyuge no cumplió con el requisito de convivencia, por lo que debe otorgarse el derecho a los padres del causante, al no existir mejores beneficiarios, huelga precisar como ya se refirió ampliamente que el requisito de convivencia durante 5 años anteriores al deceso, no es aplicable al caso bajo estudio, además, de acuerdo a lo regulado en el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, solo es posible analizar el derecho de los padres del afiliado a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, lo que claramente quedó definido no es el caso, pues se probó que a la cónyuge del causante si le asiste el derecho a la prestación pensional analizada, por lo que efectuar mayores disquisiciones al respecto frente a los padres del afiliado resulta inocuo, por tanto, se confirmará la absolución de COLFONDOS S.A. de las pretensiones elevadas en su contra por los demandantes en reconvención.

Acorde con lo anterior, y como quiera que el causante falleció el 26 de septiembre de 2019 y la demandante para dicha data contaba con 26 años, es decir, tenía menos de 30 años de edad, pues nació el 2 de junio de 1993 según se observa de la copia de la cédula de ciudadanía y del registro civil (archivo No. 002), y la pareja no procreó hijos, según se informó, de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 literal b) de la Ley 797 de 2003, la pensión de sobrevivientes se reconocerá de forma temporal a la cónyuge demandante, mientras la beneficiaria esté con vida y con una duración máxima de 20 años, a partir del 26 de septiembre de 2019, debiendo la actora cotizar al sistema para obtener su propia pensión, como lo establece la norma en cita.

Por otro lado, efectuadas las operaciones aritméticas del caso, según lo normado en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, se tiene que el causante como se expuso anteriormente acreditó 446.57, esto es, menos de 500 semanas



cotizadas al sistema general de pensiones, por lo que se aplica un 45% al IBL, obteniéndose como valores de la mesada al 26 de septiembre de 2019, la suma de \$2.676.888,44., así:

<b>Cálculo Toda la vida Laboral</b>							
<b>AÑO</b>	<b>Nº. Días</b>	<b>IPC inicial</b>	<b>IPC final</b>	<b>Factor de indexación</b>	<b>Sueldo promedio mensual</b>	<b>Salario actualizado</b>	<b>Salario anual</b>
2006	24	58,700	100,00	1,704	\$ 326.400,00	\$ 556.047,70	\$ 444.838,16
2007	59	61,330	100,00	1,631	\$ 168.723,05	\$ 275.106,88	\$ 541.043,53
2008	67	64,820	100,00	1,543	\$ 97.686,36	\$ 150.704,04	\$ 336.572,35
2009	8	69,800	100,00	1,433	\$ 62.281,75	\$ 89.228,87	\$ 23.794,36
2011	209	73,450	100,00	1,361	\$ 1.220.287,08	\$ 1.661.384,73	\$ 11.574.313,59
2012	345	76,190	100,00	1,313	\$ 2.306.565,22	\$ 3.027.385,77	\$ 34.814.936,34
2013	357	78,050	100,00	1,281	\$ 3.209.048,32	\$ 4.111.528,92	\$ 48.927.194,11
2014	360	79,560	100,00	1,257	\$ 5.191.916,67	\$ 6.525.787,67	\$ 78.309.451,99
2015	360	82,470	100,00	1,213	\$ 6.882.416,67	\$ 8.345.357,91	\$ 100.144.294,90
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 6.811.750,00	\$ 7.736.229,42	\$ 92.834.752,98
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 7.527.548,25	\$ 8.084.575,50	\$ 97.014.906,03
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 8.049.475,92	\$ 8.305.278,49	\$ 99.663.341,93
2019	266	100,000	100,00	1,000	\$ 6.428.970,90	\$ 6.428.970,90	\$ 57.003.542,00
<b>Total días</b>	<b>3135</b>					<b>Total devengado actualizado a: 2019</b>	<b>\$ 621.632.982,27</b>
<b>Total semanas</b>	<b>446,57</b>					<b>Ingreso Base Liquidación</b>	<b>\$ 5.948.640,98</b>
<b>Total Años</b>	<b>8,71</b>					<b>Porcentaje aplicado</b>	<b>45%</b>
						<b>Primera mesada</b>	<b>\$ 2.676.888,44</b>

Como quiera que la actora solicita el pago de intereses moratorios, conforme lo normado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe indicar la Sala que en el presente asunto no es viable su reconocimiento, pues como se expuso anteriormente, la concesión de la prestación pensional se origina a razón de un cambio de criterio del Alto Tribunal de la especialidad ordinaria laboral, por ende, el proceder de la administradora de pensiones demandada no resulta arbitrario, conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en sentencia SL5673-2021 de 1º de diciembre de 2021; por ende, se le absuelve de tal pedimento.

Así las cosas, se condena a la demandada COLFONDOS a reconocer y pagar a la demandante LEIDY VIVIANA SANCHEZ ALSINA, la pensión de sobrevivientes en su condición de cónyuge supérstite, a partir del 26 de septiembre de 2019 y hasta por 20 años, en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en suma inicial de \$2.676.888,44, junto con sus respectivos ajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar, debiéndose pagar el correspondiente retroactivo de forma indexada al momento del pago. Además, se autoriza descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**De la excepción de prescripción.**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Dicha excepción no goza de prosperidad toda vez que el fallecimiento del causante señor e OSCAR MAURICIO MARTÍNEZ TORRES sucedió el 26 de septiembre de 2019, y la demandada COLFONDOS S.A. aceptó que la cónyuge demandante elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el día 23 de diciembre de 2019, la cual respondió la administradora el 8 de abril de 2020 y (archivos 002, 003 y 008), por lo que al haberse presentado la demanda el 8 de septiembre de 2020 (archivo 001), claro resulta para la Sala que no operó el término trienal prescriptivo regulado en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con lo dispuesto en el artículo 151 del C.P.T y de la S.S.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, se revocará parcialmente la sentencia de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia cargo de la demandada COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante principal.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 20 de octubre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión, para en su lugar;

**SEGUNDO: CONDENAR** a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar a la demandante LEIDY VIVIANA SÁNCHEZ ALSINA, la pensión de sobrevivientes en su condición de cónyuge supérstite en forma de temporal, a partir del 26 de septiembre de 2019 y hasta por un periodo máximo de 20 años, en los términos del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

en suma inicial de \$2.676.888,44, junto con sus respectivos ajustes anuales de ley y mesadas adicionales a que haya lugar, debiéndose pagar el correspondiente retroactivo de forma indexada al momento del pago.

**TERCERO: AUTORIZAR** al fondo de pensiones demandado a descontar del retroactivo pensional, los aportes con destino al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

**CUARTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada COLFONDOS S.A.

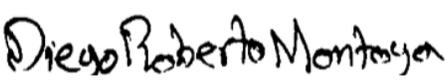
**QUINTO: ABSOLVER** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de las demás pretensiones elevadas en su contra por la demandante principal y por los demandantes en reconvención, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

**SEXTO: COSTAS** de primera instancia cargo de la demandada COLFONDOS S.A. y a favor de la demandante principal. **SIN COSTAS** en esta instancia.

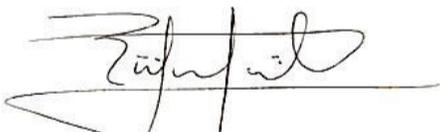
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 32 2020 00105 01  
Demandante:                            BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOSA  
Demandado:                              FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES  
    NACIONALES DE COLOMBIA  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 1º de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOZA promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a efectos que se declare que la encartada le debe pagar la pensión de sobrevivientes respecto del causante JAIME ACEVEDO LONDOÑO a partir del 18 de agosto de 2015, al ostentar la calidad de compañera permanente supérstite.

Por consiguiente, se condene a la demandada a reconocer y pagar el derecho prestacional a partir del 18 de agosto de 2015, junto con las mesadas pensionales adicionales de junio y diciembre de cada anualidad y los reajustes a que haya lugar, el pago de intereses moratorios, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus súplicas, adujo la demandante que el señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO falleció el día 17 de agosto de 2015, tal como da cuenta el Registro Civil de Defunción expedido por la Notaría Segunda del Círculo de Girardot.

Que el referido causante al momento de su fallecimiento ostentaba la calidad de pensionado de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, así como que convivió con él como pareja en forma permanente e ininterrumpida por más de 20 años desde el año 1995 hasta el día de su fallecimiento, interregno respecto del cual, a pesar de no haber procreado hijos, compartieron techo, lecho y mesa.

Seguidamente, relató que, desde la muerte de su compañero permanente, no ha hecho vida marital con ninguna otra persona, ni ha contraído nupcias, agregando que, al momento del fallecimiento del causante, no figuró como beneficiaria inscrita para la prestación de los servicios médicos y de salud por parte del fallecido con ocasión a una discusión normal que tuvieron como pareja.

Expuso que siempre dependió económicamente de la pensión de su compañero permanente y en la actualidad se encuentra en total desprotección, pues la pensión del causante es su único medio de subsistencia económica, precisando que el señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO devengó como última mesada pensional la suma de \$1.029.591, así como que, luego de reclamar a la entidad el reconocimiento pensional el mismo fue negado.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La demandada FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Como defensa argumentó que el acervo probatorio de la solicitud administrativa dejó grandes contradicciones frente al derecho pensional pretendido, toda vez que, dentro del expediente del



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

causante, se encontró una manifestación que en vida este realizó, en la que manifestó que no tenía convivencia alguna con la demandante y, en virtud de ello, solicita le sean retirados sus derechos pensionales ante una falta de convivencia.

Que adicionalmente, el causante afilió como beneficiaria en salud a la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOZO por el periodo comprendido entre el 1º de febrero de 2013 y el 31 de enero de 2015, la cual se encuentra retirada por fallecimiento.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, falta de reclamación administrativa frente a los conceptos que está demandando vía judicial, buena fe al no reconocer la pensión de sobrevivientes a la actora y la denominada genérica.

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

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 1º de septiembre de 2021 absolvió a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó el Juez *a-quo* que se encontraba plenamente demostrado que el señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO al momento del fallecimiento ostentaba la calidad de pensionado por parte de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, así como que falleció el 17 de agosto de 2015, de ahí que la normatividad aplicable al estudio pensional fuese la Ley 100 de 1993 en sus artículos 46 y 47, que se modificaran por la Ley 797 de 2003.

Seguidamente, argumentó el fallador de instancia que, las probanzas acreditadas al proceso, conducen a determinar que la última vez que el causante inscribió a la demandante como beneficiaria de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA fue en el año 2004, teniéndola en tal calidad hasta el año 2009 e inscribiendo a una tercera persona en el año 2013 de nombre MARÍA AMPARO HERRERA CARDOZO, con quien refirió haber convivido cinco



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

años contados hacia atrás, situaciones todas que se manifestaron por el propio causante en las que advirtió su convivencia con persona diferente a la aquí demandante.

Por tal razón concluyó que, si el causante falleció en el año 2015, lo cierto fue que, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a su deceso, no convivió de manera continua e ininterrumpida con la aquí demandante, sumado a que, del interrogatorio de parte y las pruebas testimoniales surtidas en el transcurrir de este proceso, también se desvirtúa la convivencia que en los últimos cinco años al fallecimiento del pensionado debió acreditar por imperio de la Ley.

Adicionalmente, precisó que, si bien ninguna otra persona a parte de la demandante se acercó a reclamar la pensión de sobrevivientes, tal aspecto no implica por si solo que el fallecido hubiese convivido con la actora durante los cinco años anteriores a su fallecimiento, por lo que declaró probada la excepción de cobro de lo no debido.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Manifestó en su alzada que, en atención a los postulados jurisprudenciales emanados por la Corte Constitucional, se ha establecido que no se requiere de sentencia judicial para que se acredite la convivencia con la compañera permanente, ya que la misma puede demostrarse con cualquiera de los medios contemplados en la ley.

Que, por tal motivo, en la actualidad la compañera permanente puede acceder a la prerrogativa pensional por sobrevivencia si se dan los presupuestos establecidos en las normas vigentes, sin que haya lugar a que se adentre al estudio del vínculo civil que une a las partes.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**



Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si a la demandante señora BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOZA, le asiste el derecho en calidad de cónyuge al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes del señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO.

**c. Del caso en concreto:**

Previo a la resolución del problema jurídico, advierte la Sala que no fue objeto de reproche que al causante JAIME ACEVEDO LONDOÑO, le fue reconocida pensión vitalicia de jubilación por parte de los extintos FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA mediante Resolución No. 1637 del 30 de octubre de 1969 (Expediente Digital – 04 CONTESTACIÓN DE DAMANDA), lo que da lugar a que haya quedado plenamente demostrado que quedó configurado el derecho pensional por sobrevivencia.

Tampoco el hecho que el señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO falleció el 17 de agosto de 2015 como da cuenta el Registro Civil de Defunción (Expediente Digital – 01 DEMANDA – página 25); circunstancia por la cual, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, entre otras, la norma que regula la materia de la pensión de sobrevivientes pretendida es la vigente al acaecimiento de aquel hecho, que para el presente evento se constituye en los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, disposición que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Dicha normativa regula que son beneficiarios de la pensión los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, teniéndose entre estos, en forma vitalicia, a la cónyuge o compañera



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

permanente, siempre y cuando se acredite que hizo vida marital con el causante y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

De igual manera, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1399-2018, Radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, señaló:

*“Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes, tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva-durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).*

*“Así, la convivencia real y efectiva entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común. Lo anterior, excluye los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida”.*

En igual sentido, se tiene que, en reciente pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteró la Alta Corporación de cierre en sentencia SL-1730-2020, Radicación 77327 del 3 de junio de 2020, que el mentado requisito de convivencia por especie de cinco (5) años resulta exigible en tratándose de pensionados, así:

*“Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado”.*

Finalmente, se debe precisar que mediante la sentencia SL-41637 del 2012 la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentó la postura atinente a que la cónyuge con vínculo matrimonial vigente con separación de hecho tiene derecho a la pensión de sobrevivientes bastándole con acreditar los 5 años de convivencia en cualquier tiempo, misma que se ha mantenido de forma pacífica



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

a la fecha, por lo menos para el caso de los pensionados.

Igualmente, la Corte ha sostenido de manera reiterada que tal prerrogativa, no se predica respecto de la compañera permanente, pues estima que para quienes mantuvieron la unión bajo este tipo de vínculos, si se requiere acreditar los cinco (5) años de la convivencia hasta la data del deceso, como se permitió reiterarlo recientemente en la sentencia SL-362 del 2021, al explicar:

*“En relación con el asunto controvertido, doctrina reiterada de la Corte, verbigracia, la vertida en sentencias SL 41637 de 2012 – SL 45038 de 2012, sostiene que la protección introducida por el último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, está orientada a la protección del vínculo matrimonial, pues lo que le permite al cónyuge acceder a la prestación es «la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial», sin que sean relevante para la adquisición de la pensión, figuras como «la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal» (...)*

*“Por su parte, la recurrente reprocha al Tribunal no haber interpretado el inciso 3º del literal b) del artículo 13º de la Ley 797 de 2003, extendiendo a la compañera permanente los mismos derechos que le asisten a la cónyuge separada de hecho, en aplicación del principio de igualdad consagrado por el artículo 13º de la Constitución Política, increpando la existencia de un trato discriminatorio para acceder al beneficio pensional, con el que se restringe el derecho exclusivamente para la cónyuge.*

***“Al respecto, cabe decir que la Corte ha señalado que la norma no entraña trato discriminatorio frente a la compañera permanente. Así lo explicó, en lo pertinente respecto del pensionado, en sentencia SL 1399 de 2018:***

***“De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.***

***“Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008).***



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

***“En este sentido, la Corte Constitucional al estudiar los efectos del vínculo matrimonial y las uniones de hecho, explicó que no es posible equipararlos. Anotó que la comunidad de vida que se da en ambos vínculos, jurídicos y naturales, es vital para el matrimonio, pero no es lo esencial en él. Precisó en la sentencia C-533 de 2000, que «la esencia del matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges», señalando que los casados no son simples personas que viven juntos, son más bien personas jurídicas vinculadas, en cambio, la unión libre «si se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la terminación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja».***

***“Así las cosas, no son comparables situaciones fácticas diferentes como lo pretende la recurrente al estimar que le son aplicables al punto en estudio las mismas razones que se expusieron al analizar el derecho pensional cuando existe convivencia simultánea entre cónyuge y compañera permanente, donde el elemento común es la convivencia”.***

De cara a lo indicado, conforme la línea jurisprudencial vigente, la compañera permanente para poder acceder a la sustitución pensional, deberá acreditar de forma indiscutible una convivencia con el causante por un término que no puede ser inferior a los cinco (5) años y que debe perdurar hasta la data del deceso.

En claro los requisitos para acceder a la sustitución pensional y, teniendo en cuenta que la demandante pretende acceder a la indemnización sustitutiva del señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO (q.e.p.d.), en calidad de compañera permanente, es patente que, para dicho fin, resulte imperioso demostrar la convivencia efectiva de los cinco (5) años hasta la data del deceso. Supuesto de hecho que se procederá a verificar de cara al material probatorio recaudado.

Ahora bien, en lo que respecta al caudal probatorio de carácter documental, aprecia la Sala que obra escrito del 22 de febrero de 1995 presentado por el causante al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a través del cual solicita a la entidad reconocer a la aquí demandante señora BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOSA la posible sustitución pensional, a lo cual se acompañó la declaración extra proceso rendida por el señor CRISTÓBAL MUNETON FRANCO (Fls. 189, 196 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA).



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Posteriormente, el fallecido el 14 de febrero de 2002 elevó una segunda petición a la entidad solicitando no dar aplicación a la ley de sustitución pensional ni reconocimiento de declaraciones extra juicio respecto de la demandante, ello en atención de situaciones de índole personal (Fls. 212 a 213 – PDF 04 CONTESTACIÓN DEMANDA).

Milita un acta notarial del 22 de noviembre de 2002, en la que el causante manifestó bajo la gravedad de juramento que no ha convivido ni volverá a convivir con la aquí demandante, señora BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOSA, agregando que esta última no ha dependido económicamente de él (Fl. 220 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA). Nuevamente el 13 de mayo de 2004 al causante radicó solicitud ante la pasiva mencionando que por voluntad suya solicita le sea reconocida la pensión de sobrevivientes a la actora, agregando que convive n unión libre desde el año 1995 (Fl. 228 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Del 6 de agosto de 2004 data la solicitud impetrada por el causante manifestando el retiro de la sustitución pensional de la aquí demandante, argumentando que desde hace dos años no convive con ella, misma situación que elevó a la entidad en escrito del 21 de diciembre de 2004 (Fls. 230 y 233 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA). Obra además una declaración extra proceso del 6 de septiembre de 2006 rendida por el causante y la aquí demandante ante la Notaría Cuarta de Bogotá, quienes relataron que conviven en unión libre bajo el mismo techo, en forma permanente desde el año 1995 y que la actora depende económicamente del fallecido señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO (Fl. 295 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Reposa un formato de la demandada, donde el causante en vida para el 11 de febrero de 2013 inscribió como compañera permanente a la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOZO, junto con el correspondiente Registro Civil de Nacimiento de esta, adicional a que radicó ante la entidad una declaración extra proceso ante la Notaría de Girardot rendida por los señores JORGE ELIECER CAICEDO LEÓN y ALEJANDRO RODRÍGUEZ el 11 de enero de 2013, quienes manifestaron dar fe que el fallecido y la señora MARÍA AMPARO HERRERA



CARDOZO convivían como marido y mujer desde hacía cinco años en unión libre, compartiendo techo y mesa, y una declaración extra proceso rendida por el causante y la señora MARÍA AMPARO el 11 de enero de 2013 manifestando los mismos extremos temporales de convivencia como pareja (Fls. 368 a 369 y 373 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Por otra parte, militan declaraciones extra proceso rendidas ante la Notaría Cincuenta y Siete de Bogotá por EDISON LÓPEZ, BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOSA y la demandante, quienes indicaron que la convivencia de la actora con el causante se comprendió desde el año 1995 hasta el 17 de agosto 2015, calenda en que sucedió el fallecimiento, al igual que en todo momento la pareja convivió de manera permanente e ininterrumpida (Fls. 23 y 24 DEMANDA y 414 a 416 – PDF 04 CONTESTACIÓN DE DEMANDA).

Por otra parte, en el transcurrir del trámite procesal se recibió el interrogatorio de parte de la demandante señora BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOZA, quien manifestó que en la actualidad se dedica al hogar, además que convivió con el causante señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO por espacio de 20 años, precisando que dicha convivencia sucedió por el periodo comprendido entre el año de 1995 y el 17 de agosto de 2015.

Que el causante se iba algún tiempo a la casa de habitación de su hijo, luego retornaba al hogar, y que la convivencia se mantuvo por más de 15 años, toda vez que ella lo cuidaba y se hacía cargo de él, así como que dependía económicamente del señor JAIME ACEVEDO. Resaltó que el causante falleció el 17 de agosto de 2015 en Girardot por un problema del corazón y al momento de su fallecimiento convivía con ella en el Barrio Candelaria La Nueva.

Expuso que los últimos días antes del deceso del causante, este fue a Girardot a visitar un hijo en donde sufrió un paro cardíaco, agregando que en Girardot llevaba aproximadamente un año antes de su muerte, siendo enfática en indicar que el hijo con quien convivía el causante se llamaba CARLOS ACEVEDO. Que el causante era viudo y reiteró que en ningún momento como pareja tuvieron alguna separación.



Que el causante tenía tres hijos y que solo recuerda el nombre de su hijo CARLOS ACEVEDO, no recuerda el nombre de la ex cónyuge del causante como quiera que falleció hace más de treinta años.

Que el último año de vida del causante, él vivía en Girardot con su hijo, argumentando que en ese último año ella fue a Girardot a visitarlo, enfatizando que antes del deceso ella lo vio por última hacía un mes. Que fue el hijo del causante quien se encargó del sepelio y fue enterrado en Flandes, compareciendo al mismo.

Que ella tiene dos hijos de nombres JHON EDISON LÓPEZ y JOHAN ANDRÉS LÓPEZ quienes nacieron en 1986 y 1991 respectivamente. Que observó en una ocasión a la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOZO en el entierro del cónyuge que ella tenía cuyo nombre era JAIME ACEVEDO (persona diferente al causante), quien falleció hace más de quince años. Expuso no tener conocimiento si entre la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOZO y el causante existió alguna relación.

Que el causante le comentó que inscribió como beneficiaria en salud a la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOZO, pero sin tener conocimiento del por qué ya que el fallecido sufría de demencia, así como que el causante la afiliaba a salud y nuevamente la desafiliaba, aun estando en plena convivencia como pareja. Que el causante a parte de su pensión no desarrollaba otra actividad laboral exponiendo que el señor JAIME la desafilió en salud desde aproximadamente siete años.

Que el señor EDISON LÓPEZ fue su primer esposo y la señora ELIZABETH PEDROZA es su hermana, resaltando que, si bien el señor EDISON LÓPEZ es el padre de sus dos hijos, lo cierto es que tan solo tuvieron una convivencia de un año. Indicó que convivió con el causante en la Carrera 47 A No. 59 C 16 Sur, sin que el fallecido se quedara por fuera de la casa, a excepción de cuando iba a visitar a su hijo.

Que conoció al causante en el año 1995 porque este tenía un compadre quien se lo presentó y decidieron convivir, aproximadamente cinco meses después empezaron a convivir como pareja, recalcando que ella siempre lo acompañó a



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

sus citas médicas y cirugías, como quiera que le hicieron dos cirugías de ojos y una de rodilla, adicional a que el causante era hipertenso.

Por último, refirió que como pareja con el causante no procrearon hijos, al igual que el causante falleció en la casa de su hijo en Girardot, sin que ella hubiese estado allí al momento del deceso.

La testigo ELIZABETH PEDROZA BARBOSA manifestó que la demandante es su hermana, última que estuvo al cuidado del fallecido por mucho tiempo, y que el causante falleció en el mes de octubre de 2015 como consecuencia de una afección al corazón. Que el causante falleció en Girardot porque se encontraba visitando a un hijo, lugar donde se encontraba viviendo aproximadamente un año antes de su deceso.

Que conoció al causante hace diecinueve años, más exactamente en el año 1995, al igual que su hermana vivía con el causante y ella como declarante visitaba a la pareja cada seis meses aproximadamente, de ahí que le conste que la convivencia de la pareja fue de aproximadamente veinte años, al igual que nunca existió una disolución o liquidación de la sociedad conyugal.

Que el causante laboró al servicio de los FERROCARRILES NACIONALES, la pareja nunca tuvo hijos, que la actora dependía económicamente de la pensión del demandante, y que para el momento del fallecimiento del señor JAIME ACEVEDO LONDOÑO la pareja convivía.

Expuso que el causante falleció en Flandes, que este afiliaba y desafilaba a la demandante al sistema de salud; no tenía conocimiento que el causante hubiese convivido con otra persona a parte de su hermana, precisando que la pareja se distanció durante el último año anterior al deceso del señor JAIME ACEVEDO, como quiera que este último se fue a vivir donde un hijo en Flandes, mientras que la demandante continuaba viviendo en Bogotá.

Expuso que no conoció a la señora MARÍA AMPARO HERRERA, que el entierro del causante fue en Flandes y el sepelio lo sufragó su hijo. Expuso que el causante era viudo.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

El testigo EDISON LÓPEZ manifestó en su declaración que fue pareja de la demandante aproximadamente hace veinte o veintidós años, de la cual tuvieron dos hijos, sin que la convivencia como pareja con la actora se hubiese extendido en el tiempo, pues tan solo permanecieron juntos entre uno y dos años.

Que era amigo del causante y lo conoció cuando empezó a convivir con la actora más o menos para 1995 o 1996, así como que la relación con la demandante era constante. Que la actora nunca tuvo hijos con el causante, y este último era pensionado.

Siempre vio a la pareja junta, recalcando que el causante falleció en Girardot cuando fue a visitar a un hijo. Reiteró que no tiene conocimiento que la pareja se hubiese separado. Que el causante afilió en salud a la demandante y nunca tuvo otra relación sentimental.

Así las cosas, como lo dispuso el fallador de primer grado, del caudal probatorio se puede colegir que la aquí demandante, en su calidad de compañera permanente no logró acreditar la convivencia dentro de los últimos cinco (5) años inmediatamente anteriores al deceso del causante, que se itera sucedió el 17 de agosto de 2015.

Nótese en primera medida que de las documentales allegadas por la entidad encartada, el causante desde el año 1995 elevó diferentes peticiones en las que se advierte una inconsistencia sobre la posible convivencia por lo menos durante los últimos cinco (5) años inmediatamente al fallecimiento, y es el hecho que en distintas ocasiones dejaba de manifiesto la intención de establecer como compañera permanente ante el sistema pensional a la aquí demandante señora BLANCA NIDIA PEDROZA BARBOSA; tanto así, que incluso desde el año 2013 pretendió que quien fuese su verdadera compañera permanente en sus últimos años de vida fuese la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOSO, persona quien en la actualidad se encuentra fallecida.

También es importante destacar que, en atención del interrogatorio de parte surtido por la propia demandante, la misma si bien manifestó que la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

convivencia con el fallecido se mantuvo sin solución de continuidad desde el año 1995 y hasta su deceso, expuso con posterioridad que el causante se distanció de ella durante el último año de vida cuando se trasladó para Girardot a vivir en la casa de un hijo de nombre CARLOS ACEVEDO, y en ese último año se encontraron como pareja únicamente en una ocasión; circunstancia por la cual, a juicio de la Sala y atendiendo los postulados jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre ese interregno del último año de presunta convivencia, no se evidencia un aspecto de ayuda mutua ni socorro que pueda endilgar una convivencia permanente, real y efectiva como pareja durante dicho interregno, máxime si se tiene en cuenta que como ya se refirió, la intenciones del causante en vida fueron las de mantener en calidad de compañera permanente en sus últimos años de vida a la señora MARÍA AMPARO HERRERA CARDOSO como así se lo manifestó por escrito a la entidad encartada.

Vale advertir que si bien los testimonios de ELIZABETH PEDROZA BARBOSA y EDISON LÓPEZ manifestaron que en todo momento la pareja convivió, lo cierto es que la primera testigo referida fue enfática en exponer que los visitaba aproximadamente cada seis meses, mientras que el segundo durante todo su relato argumentó que era el fallecido quien le manifestaba sobre la presunta convivencia, pero de manera esporádica, por lo que se puede colegir que no pueden entenderse como testigos directos sobre lo verdaderamente discutido en juicio, es especial la propia declaración de la accionante, la cual resulta incongruente con el restante de material probatorio.

Se deja asentado, que a pesar de advertirse una convivencia de la actora con el fallecido en algunos interregnos desde el año 1995 y hasta la fecha del deceso, lo cierto es que no fue constituida por lo menos dentro de los últimos cinco (5) años inmediatamente anteriores al fallecimiento como se analizó en precedencia, aspecto trascendental para que la Sala ante el libre convencimiento de la prueba en los términos de que trata el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S.

Como corolario de lo anterior, si bien la accionante ostentó la calidad de compañera permanente en algún tiempo del causante, no se acreditó que la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

convivencia perdurara durante los últimos cinco (5) años anteriores al deceso, sin que se reitera, sea factible conceder la prestación por haber convivido tal interregno en cualquier época, aspecto que se limita al evento de cónyuge supérstite.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se confirmará le decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### RESUELVE:

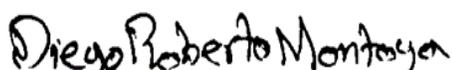
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado



**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 32 2019 00051 01  
Demandante:                            ALEXANDRA JIMÉNEZ BECERRA  
Demandado:                              COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.  
    Y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en contra de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

De igual manera a desatar el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

**I-. ANTECEDENTES**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora ALEXANDRA JIMÉNEZ BECERRA, formuló demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. para que previo el trámite judicial correspondiente, se declare que la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificada el 1º de enero de 1999 por conducto de PROTECCIÓN S.A.

Por consiguiente, se le ordene al AFP a trasladar los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual, ordenando a su vez a COLPENSIONES recibir la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.



## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus pretensiones refirió que nació el 12 de marzo de 1963 e inició su vida laboral en agosto de 1983, afiliándose al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en el que permaneció hasta el 1º de octubre de 1999, fecha en que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por conducto de PROTECCIÓN S.A., y posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 1º de septiembre de 2013 se trasladó a COLFONDOS S.A.

Que, los asesores de la AFP le indicaron los beneficios del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, señalando que podría pensionarse a una edad más temprana, aunado a ello que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES iba a ser liquidado, por lo que sus aportes se encontraban en riesgo; de otra parte, no le manifestaron el capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, no le indicaron el plazo para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida cuando cumplierse los 47 años de edad, no elaboraron proyección de la pensión que evidenciara las diferencias entre ambos regímenes; igualmente, no le brindaron información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión.

Que en documento con radicado No. 181114-000324 del 22 de noviembre de 2018 la AFP COLFONDOS S.A. acredita un capital acumulado en su cuenta individual de \$163'744.260, no obstante, la pensión a la que accedería sería inferior a la que le reconocería COLPENSINES de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Precisa que diligenció formulario de traslado de régimen del 13 de noviembre de 2018 ante COLPENSIONES, entidad que rechazó la solicitud; de igual modo, el 14 de noviembre de 2018 presentó reclamación administrativa de la nulidad de la afiliación del traslado ante COLFONDOS S.A., petición que fue desatada de forma desfavorable el 22 de noviembre de 2018; de igual manera, elevó solicitud ante PROTECCIÓN S.A. el 6 de junio de 2019, la cual también fue denegada.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**

Sala de Decisión Laboral

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones declarativas y condenatorias formuladas en su contra, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse dentro del proceso la ocurrencia algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, adicional a que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló las excepciones de mérito tales como la validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o la genérica.

Asimismo, COLFONDOS S.A. contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones y condenas, aduciendo que la demandante no fue inducida a error, puesto que la afiliación se presentó de manera libre y voluntaria; por el contrario, los asesores de la entidad si brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado de régimen, en las que se mencionó las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre uno y otro régimen pensional, el derecho de retracto y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen, sin incurrir en vicios del consentimiento y actuando de buena fe.

Propuso las excepciones de fondo, tales como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o la genérica, 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 S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A. se opone a todas y cada una de las pretensiones toda vez que, es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, suscrito de forma libre y espontánea, solemnizando de esta forma la afiliación y por ende tiene naturaleza de un



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

verdadero contrato en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones; manifiesta que la vinculación estuvo libre de presión y engaños, puesto que a la actora se le brindó la suficiente información para que optara por el traslado del régimen.

Formuló las excepciones de mérito tales como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o la genérica.

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

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del 30 de noviembre de 1998; ordenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la suma que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de recursos que obren en la cuenta de ahorro individual que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por gastos de administración; a su vez ordenó a COLPENSIONES a recibir a la afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como fundamento de su decisión adujo que de conformidad con lo normado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, así como en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a las AFP les asiste el cumplimiento del deber de información, carga probatoria que recae en las demandas.

Precisa que las AFP en el presente caso no acreditaron que se haya suministrado la correspondiente información, argumentos por los cuales se declaró la ineficacia del traslado y la consecuencial devolución de los emolumentos causados en virtud de dicho acto jurídico.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión del *a-quo* PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación en el que solicita se revoque parcialmente la sentencia en lo referente al traslado de los gastos de administración, aduciendo que el descuento es autorizado legalmente por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, más aún cuando la administración de los recursos generó rendimientos, y se constituyen en una destinación consumada, como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

A su turno, COLPENSIONES interpone recurso de apelación, solicitando se revoque en su totalidad la sentencia del *a-quo*, ya que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, puesto que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre las AFP y la demandante, por lo cual no puede resultar favorecida ni perjudicada, bajo el entendido de que los negocios jurídicos tienen efectos inter partes.

De otra parte, que se ve afectado el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social al declararse la ineficacia, puesto que trunca los derechos de los afiliados que han cotizado en debida forma en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ello en tanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Finalmente, que se debe condenar a la AFP a que solucione directamente la carga de solucionar la diferencia pensional, o en su defecto, se condene a ña AFP a pagar los perjuicios económicos que conlleva para COLPENSIONES la declaratoria de ineficacia.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte de la afiliada, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna. Todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del



proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación que efectuara la actora el 30 de noviembre de 1998 a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fl. 394), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que se le haya suministrado la información, por el contrario, siempre manifestó la carencia de información por parte del funcionario de la época, sin que haya aseverado que en efecto se haya verificado una información oportuna y veraz sobre las ventajas y desventajas del traslado, así como las características propias de los regímenes pensionales.

Ahora bien, en la sentencia CSJ SL 1688-2019 se sintetizó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones así:

<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 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003  Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa No. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba que se le haya suministrado al actor para el año 1998, una *“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”*.

Por lo tanto, al no haberse acreditado el deber de información se tiene que le asistió razón a la *a-quo* al declarar la ineficacia del traslado.

Ahora bien, frente a la devolución los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

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



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Laboral

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

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no realice la devolución de los gastos de administración, ni las primas de seguros y demás emolumentos causados, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema general de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora bien, aduce COLPENSIONES que debe ser la AFP que dispuso el traslado de régimen de manera indebida, quien solución la diferencia de la mesada pensional; no obstante, la consecuencia jurídica de la ineficacia implica que el traslado no acaeció, por lo cual se mantiene sin solución de continuidad la afiliación ante COLPENSIONES, quien, por tal razón, es quien tiene a su cargo las prestaciones económicas que se deriven del sistema.

Ahora bien, en lo atinente a la vulneración del principio de sostenibilidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas que tiene que asumir el accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”,* motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera, lo cual también se predica de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

### **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

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

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 35 2017 00477 01  
Demandante:                        ADRIANA MARIA PALOMINO PARADA  
Demandado:                         CITIBANK COLOMBIA  
    SCOTIABANK COLPATRIA S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora ADRIANA MARIA PALOMINO PARADA formuló demanda ordinaria laboral en contra de CITIBANK COLOMBIA, con la finalidad que se declare la legalidad de su reintegro ordenado mediante fallo de tutela, por lo que entre las partes existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de febrero de 2011, el cual se encuentra vigente. De la misma forma, pretende se declare la ineficacia y/o nulidad del acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción que suscribió con la demandada.

En virtud de lo anterior, se condene a la accionada a pagar la indemnización estipulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios dejados de percibir desde el 1° de febrero de 2017 al 3 de mayo de 2017, las vacaciones del último año



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

laborado, el salario integral variable asociado al valor agregado que fuera pactado en el otrosí del 1º de abril de 2016, desde el 3 de mayo de 2017 hasta la fecha del pago; la indemnización moratoria, el pago de perjuicios morales y gastos en que ha incurrido la actora para continuar con su tratamiento médico y su desplazamiento desde su domicilio hasta la oficina donde fue reubicada, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

De manera subsidiaria, solicita se declare que sostiene un contrato de trabajo a término indefinido con la convocada a juicio CITIBANK desde el 1º de febrero de 2011 y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia dé por terminado el convenio; e igualmente, se declare la ineficacia y/o nulidad del acta de terminación por mutuo acuerdo y/o transacción suscrito por las partes, por lo que el vínculo contractual finalizó por causa de la enjuiciada CITIBANK.

En consecuencia, pretende se condene a CITIBANK a pagar la indemnización preceptuada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los salarios dejados de percibir del 1º de febrero al 3 de mayo de 2017, las vacaciones del último año laborado, el salario integral variable asociado al valor agregado, acordado en otrosí de 10 de abril de 2016, desde el 3 de mayo de 2017 hasta la fecha del pago, la indemnización por despido sin justa causa desde el 10 de febrero de "2011" (sic) hasta la ejecutoria de la sentencia que declare la terminación del contrato de trabajo; junto con la indemnización moratoria, el pago de perjuicios morales y los gastos en que incurrió la promotora para continuar con su tratamiento médico y el desplazamiento a la oficina donde fue reubicada.

## **1.2. SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el BANCO CITIBANK desde el 1º de febrero de 2011, para desempeñar el cargo de Gerente de Oficina, el cual mantuvo hasta el 31 de enero de 2017. De otra parte, expuso que fue diagnosticada el 10 de septiembre de 2014 con bocio multinodular sospechoso de carcinoma papilar de tiroides Bethesda V, por lo que fue intervenida quirúrgicamente el 14 de octubre de la misma calenda, lo que le generó incapacidad del 14 al 28 de octubre de 2014 y el 12 de noviembre



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

de 2014 por tres días, situaciones de las cuales tuvo conocimiento el empleador, sin presentar objeción alguna. Señaló que, a razón del cáncer de tiroides, fue sometida a tratamiento con yodo radioactivo el día 8 de enero de 2015, emitiéndose nuevamente incapacidad del 8 al 16 de enero de 2015, de lo cual estuvo enterada la demandada y los compañeros de oficina, quienes fueron solidarios ante su estado de salud.

Refirió que el empleador la trasladó en el año 2015 a la oficina del Parque Nacional, lugar en donde cumplió las metas propuestas y que además las partes en contienda suscribieron otrosí al contrato de trabajo el 1º de abril de 2016, acordando que a partir de esa data, la trabajadora devengaría un salario integral compuesto por una parte fija y otra variable, correspondiendo la primera al salario mínimo integral vigente para el año 2016 y la segunda a una suma de dinero adicional por la gestión colectiva del equipo de la oficina que había sido asignada.

Indicó que el médico oncólogo mastólogo le confirmó el 3 de agosto de 2016, riesgo en ambas mamas por lo que el 27 de agosto de ese año, se le realizó cuadrantectomía bilateral, por lo que fue incapacitada del 27 de agosto al 2 de septiembre de 2016, licencia que se prolongó hasta el 9 de septiembre del mismo año y que el 11 de octubre de 2016 le fueron encontradas células columnares con atipia, debiendo iniciar tratamiento de quimioterapia por espacio de 5 años, lo que informó a través de correo electrónico al empleador para que otorgara los permisos correspondientes, luego, el Banco demandado conocía desde 2014 su estado de salud, sin que hiciera algo para mejorar sus condiciones de vida en el trabajo.

Adujo que en el año 2016 la encartada la trasladó a la oficina de la Avenida el Dorado, sucursal que se encontraba distante de su lugar de residencia, e igualmente presentaba indicadores deficientes que alertaban de su cierre. Aunado a lo anterior, el 31 de enero de 2017, su jefe directa le informó que hasta ese día laboraba, pidiéndole que firmara un documento denominado acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción, respecto del cual nunca le explicó las consecuencias jurídicas del mismo, en el que además se le reconocía la suma de \$46.114.598, no obstante, expone la actora que en esa oportunidad le recordó a su



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

jefe que estaba en tratamiento de quimioterapia y necesitaba el trabajo; sin embargo, le dijo que lo firmara sin problema, suscribiendo así el documento, no obstante rechazarlo en inicio.

Relató que nunca recibió la suma de dinero que le fue ofrecida y que el día 3 de febrero de 2017 se reunió con la Inspectora de Trabajo y la apoderada de CITIBANK, la cual al conocer los antecedentes del caso, se abstuvo de aprobar la referida acta, impetrando acción de tutela el 10 de febrero de 2017 en contra de la accionada, a fin de que se protegieran, entre otros, su derecho fundamental a la estabilidad laboral, pedimento que fue concedido de manera transitoria en segunda instancia mediante sentencia de 6 de abril de 2017, en la que se ordenó su reintegro al banco.

En cumplimiento de tal decisión, fue reintegrada mediante acta del 3 de mayo de 2017, sin embargo, la pasiva adujo que su única vacante como gerente eran en una sucursal en Cúcuta, situación que fue rechazada por la trabajadora por razones médicas y familiares, además que las condiciones no eran iguales o superiores a las existentes al retiro. Que fue vinculada en el cargo de Coordinador Branches Procesos CBSU, el cual es inferior y diferente al cargo que venía desempeñando como Gerente. Por último, manifestó que a la fecha el empleador no le ha reconocido todos los periodos vacaciones y desde enero de 2017 solo ha recibido el salario básico, más no el variable contemplado en su contrato de trabajo, a lo que se suma que CITIBANK no ha realizado gestión alguna ante el Ministerio de Trabajo a fin de terminar su contrato de trabajo, ni ha efectuado actividad alguna para mejorar sus condiciones laborales, lo que se ha reflejado en la desmejorado su estado de ánimo y de salud.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La demandada CITIBANK COLOMBIA se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Manifestó que esa sociedad no tenía la obligación de solicitar permiso al Ministerio de Trabajo, dado que el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, de manera libre, voluntaria e informada a través de acuerdo transaccional el día 31 de enero de 2017, sin que la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

promotora fuera beneficiaria de estabilidad laboral alguna, conforme los requisitos establecidos por la reiterada jurisprudencia. De otra parte, precisó que desde el 1º de julio de 2018 SCOTIABANK COLPATRIA es el empleador de la actora con ocasión de la venta suscitada entre esas sociedades, asumiendo así las obligaciones de esa demandada.

Formuló las excepciones denominadas cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, compensación, prescripción y la genérica.

Mediante auto de 22 de noviembre de 2018, se integró en calidad de litisconsorte necesaria a SCOTIABANK COLPATRIA S.A., la cual se opuso a las pretensiones del libelo genitor, argumentando que la demandada CITIBANK no tenía la obligación de solicitar permiso al Ministerio de Trabajo, como quiera que el contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, de manera libre, voluntaria e informada a través de acuerdo transaccional adiado el 31 de enero de 2017, sin que la actora fuese beneficiaria de estabilidad laboral alguna, conforme lo preceptuado por la reiterada jurisprudencia. Asimismo, refirió que el extremo pasivo ha cancelado de manera oportuna de todas y cada una de las acreencias laborales causadas a favor de la accionante.

Propuso como excepciones de mérito las de cosa juzgada, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa de la demandante, compensación, prescripción y la genérica.

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

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del acta de terminación por mutuo acuerdo y transacción firmado entre la demandada CITIBANK y la demandante ADRIANA MARÍA PALOMINO PARADA el 31 de enero de 2017, además declaró la existencia un contrato de trabajo entre las citadas partes del 1º de febrero de 2011



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

al 15 de abril de 2021, sin solución de continuidad y dispuso que de ser el deseo de la accionante de seguir vinculada al banco, será SCOTIABANK COLPATRIA quien deberá reubicarla en una de sus oficinas de la ciudad de Bogotá como Gerente de Sucursal, o a un cargo de igual jerarquía en donde pueda generar comisiones. También condenó a las demandadas a pagar veinte (20) s.m.m.l.v. a la demandante por concepto de perjuicios morales y al pago de costas.

Para arribar a dicha conclusión, trajo a colación el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y reseñó que la protección por estabilidad laboral reforzada regulada en dicha norma requiere que el trabajador esté en situación de discapacidad, al tiempo que implica soportar un nivel de limitación que influya en el desempeño laboral, necesario para establecer la relación directa de esta con el acto discriminatorio del despido, razón por la cual se exige la calificación de la pérdida de la capacidad laboral para el momento de la terminación de la relación laboral, por ende, los soportes de las patologías y secuelas del trabajador registrados en la historia clínica no son suficientes, tal como se dijo en sentencia SL-2896 del 7 de julio de 2021.

Además, reiteró que los requisitos para que opere dicha protección, aluden a que el trabajador se encuentre en un grado de discapacidad moderada, severa o profunda, en rangos del 15% al 25%, del 25% al 50% y superior al 50%, respectivamente; que el empleador conozca el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se termine con razón a la discapacidad, lo cual se presume sin que exista una causa objetiva y una autorización del Ministerio del Trabajo, según sentencia SL2999 de 6 de julio de 2021.

Así las cosas, el *a-quo* señaló que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que le fuera notificado el 10 de noviembre de 2017, se determinó una PCL de 23.37%; sin embargo, el dictamen en comento fue proferido con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, por lo que no se encontraba amparada por dicha protección, pues no obran documentos que demuestren que informó a la demandada sobre su situación médica, aspecto que fue reiterado en la aclaración de la sentencia que se pidió por parte de la accionante.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Frente al Acuerdo Transaccional, indicó que los testigos dieron cuenta que la actora no recibió instrucciones sobre las repercusiones jurídicas que le implicaría la suscripción de dicho acuerdo, por lo que no se cumplieron los requisitos que dan validez a la transacción, consistentes en que debe existir litigio pendiente o eventual, no se debe tratar de derechos ciertos e indiscutibles y debe existir manifestación expresa de la voluntad de los contratantes la cual debe estar exenta de vicios, además que cuando se pacte mediante representante judicial, se debe estar facultado para transigir el litigio pendiente o eventual y que hayan concesiones múltiples o recíprocas.

Determinando sobre el particular que la demandante no tuvo incidencia en la elaboración del documento, ni tuvo injerencia en su clausulado, lo que desvirtúa la manifestación de una libre voluntad informada, declarando así inválida el acta suscrita el 31 de enero de 2017 por el empleador y la actora, debiéndose pagar a la demandante los salarios dejados de percibir del 1º de febrero al 1º de mayo de 2017, y ordenando su reintegro en el Cargo de Gerente de Sucursal en la ciudad de Bogotá o en donde pueda actuar.

De otro lado, y en consonancia con la carta de renuncia presentada por la demandante, manifestó que de no ser lo pretendido por la activa en cuanto al reintegro, declarará que entre esta y CITIBANK, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de febrero de 2011 a 15 de abril de 2021, siendo SCOTIABANK COLPATRIA la encargada de reubicarla como Gerente de Sucursal o en un cargo de igual o mayor jerarquía donde pueda comisionar, ello en atención a la cesión que existió entre esa sociedad y CITIBANK.

Finalmente, respecto al pago de comisiones que reclama la actora por el periodo posterior al reintegro, dijo que no había lugar a las mismas, pues estas se causan por el desempeño comercial del trabajador conforme se dijo en Sentencia 2727 del 16 de junio de 2021 y en este caso las mismas no se causaron. Sobre el pago de perjuicios morales, mencionó que al haberse cambiado el lugar de trabajo de la actora, reduciéndolo a un cubículo y eliminando la jerarquía que ostentaba en el cargo venía desempeñando en el Banco previo a la firma del acuerdo transaccional, tal situación repercutió en la psiquis de la trabajadora, a lo que se suma la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

enfermedad que estaba padeciendo, situación que desencadenó en la renuncia de la promotora en abril de 2021, misiva en la que narró que fue rechazada por sus compañeros de trabajo de la oficina Centenario, por lo que emitió condena por perjuicios morales y absolvió sobre los gastos de desplazamiento al no estar probados.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Solicita se revoque y se condene al pago de la indemnización estipulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues padecía una enfermedad catastrófica lo que la dejó en un estado de vulnerabilidad, de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional. Igualmente, manifestó que existía incongruencia en relación a la sentencia, pues ya no estaba interesada en el reintegro, conforme se expresa en la carta del 15 de abril de 2021, sin embargo, el Juzgado de origen propone un vínculo laboral del 1º de febrero de 2011 al 15 de abril de 2021, por tanto, teniendo en cuenta lo anterior y sabiendo que el acuerdo de transacción es nulo y teniendo cuenta que fue por dolo de la entidad demandada, ello la hace acreedora al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues el reintegro fue una medida provisional emitida por un juez constitucional.

En relación a la indemnización moratoria, refirió tener derecho a la misma, pues el juzgado reconoce los salarios del 1º de febrero al 1º de mayo de 2017, los cuales no han sido cancelados por la demandada, por lo que procede la condena por tal concepto.

Por su parte la litisconsorte necesaria SCOTIABANK COLPATRIA S.A., en su alzada señaló, que existía incongruencia pero no la planteada por activa, sino en la condena impuesta a las sociedades demandadas, pues en la fijación del litigio que se planteó en la audiencia del artículo 77 del C.P.T. y la S.S., se circunscribió en establecer si la demandante era beneficiaria o no, de protección alguna frente a la estabilidad laboral reforzada y si el acuerdo de transacción suscrito gozaba de total validez o no y en consecuencia, se evaluaría si era pertinente ordenar el reintegro de forma definitiva conforme lo dispuso el juez de tutela junto con el



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

consecuente pago de salarios y prestaciones sociales que se encontraban pretendidos en la demanda, decisión que quedó en firme y no se interpuso recurso alguno en contra de la misma. Por ende, no era dable emitir condena por perjuicios los cuales no fueron objeto de debate, sucediendo lo mismo con la indemnización establecida en los artículos 64 y 65 del C.ST.

Frente a la estabilidad laboral reforzada consagrada en la Ley 361 del 1997, la actora no se encontraba calificada para ese entonces, por lo que en tal caso no se contempla el reintegro, mucho menos si no se tiene conocimiento por parte de la sociedad demandada de la situación de salud, máxime cuando en el caso existió un acuerdo de voluntades, que goza de los elementos constitutivos de la voluntad. Finalmente, solicitó se tenga en cuenta la compensación de las sumas canceladas por la sociedad CITIBANK en atención al pago de la suma transaccional como resultado del Acuerdo de Transacción.

La demandada CITIBANK - COLOMBIA en su apelación, solicita se revoque en totalidad la sentencia y se le absuelva de las condenas emitidas en su contra. Reiterando que la fijación del litigio fue clara, dado que estaba en debate exclusivamente la estabilidad laboral reforzada y la veracidad del acuerdo transaccional y por ende si era o no pertinente el reintegro, así como los pagos de salarios. Razón por la cual no hay cabida al estudio de perjuicios morales, dado que no fue establecido en el litigio.

Además, la demandante no informó de manera clara y expresa sobre su estado de salud, del cual la demandada no tuvo conocimiento y el finiquito no se dio con ocasión a del estado de salud sino por mutuo acuerdo, por tanto, no hay lugar al reintegro, a lo que se suma que la demandante manifestó que desempeñaba sus funciones de manera normal, de ahí, que no es posible afirmar que si en 2013 sufrió un cáncer de tiroides, y mucho menos para el año 2015 se tenía que conocer que padecía de cáncer de seno, pues se trata de patologías distintas.

Adujo que del interrogatorio se pueden establecer que los testigos no estuvieron presentes a la firma del Acuerdo Transaccional, por lo que no es posible concluir, con base en dichos de personas que no presenciaron el acto, un vicio en el



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

consentimiento, siendo carga de la actora demostrar tal aspecto. Sin que pueda señalar que firmó el acuerdo y después se arrepintió, pues la accionante desde su profesión y su capacidad de lectura, no puede aducir que se le presentó el documento lo leyó y no lo entendió, y, aun así, lo firmó.

Igualmente, solicitó que se tenga en cuenta que el pago que realizó a la promotora de \$46.000.000, correspondientes a la transacción y la excepción de compensación que propuso, asimismo solicita se condene en costas a la demandante y se tenga en cuenta la buena fe de la demandada, pues no conoció de la enfermedad de aquella, pues de haber tenido conocimiento de esa situación no hubiese propuesto ningún acuerdo transaccional, reiterando que no se encontró información brindada por la demandante sobre su estado de salud, situación que corroboró la misma demandante en el interrogatorio de parte que depuso, al indicar que no dio a conocer a la empresa que estaba en quimioterapias o que padecía un cáncer.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala determinará en primera medida la validez de la transacción celebrada entre las partes y seguidamente verificará si la actora gozaba de estabilidad laboral reforzada a la terminación del contrato de trabajo, en caso positivo se verificará si tenía derecho a ser reintegrada a su puesto de trabajo conforme se dispuso mediante fallo de tutela y al consecuente pago de las acreencias que reclama en el escrito inaugural.

##### **c. Del caso en concreto:**



Sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche que la demandante y la demandada CITIBANK COLOMBIA S.A., suscribieron contrato de trabajo el 1º de febrero de 2011, el cual finalizó mediante de Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo y Transacción el día 31 de enero de 2017, situaciones que se corroboran con la copia del contrato de trabajo, la liquidación del contrato de trabajo, el referido documento de transacción y la certificación laboral emitida por la empleadora en la mencionada calenda (Fls. 61 a 62, 63 a 64, 199 a 201 y 160), probanzas de las que igualmente se advierte que el último cargo desempeñado por la promotora en dicho interregno, correspondió al de Gerente de Oficina, devengando como último salario integral mensual la suma de \$9.590.321, más comisiones; además de la liquidación y la citada acta se aprecia que le fue reconocida una suma indemnizatoria de \$46.114.598.

Aunado a lo anterior, se pudo constatar en el trámite procesal, que la actora fue reintegrada a la sociedad demandada el 3 de mayo de 2017, en cumplimiento de fallo de tutela proferido en segunda instancia el 6 de abril de 2017 por el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de esta ciudad, el cual amparó de manera transitoria los derechos fundamentales al trabajo, la salud, el mínimo vital y la estabilidad laboral reforzada y la dignidad humana; igualmente ordenó el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir, rubro que podía ser descontado de la liquidación, entre otros. (Fls. 330 a 336 y 337 a 338).

De otra parte, obra en el plenario la carta de renuncia presentada por la actora el día 15 de abril de 2021 (CD folio 600 archivo 36 y 37).

#### **d. De la Validez del Acta de Transacción:**

Acorde con lo anterior, y en punto de las apelaciones interpuestas por las partes frente al fallo de primera instancia, en el cual de acuerdo con la fijación del litigio se resolvió primeramente lo referente a la estabilidad laboral reforzada que se deprecia en la litis y posteriormente lo concerniente a la invalidez del acta de transacción suscrita por las partes; sobre lo cual debe precisar la Sala que por metodología y en consonancia con el problema jurídico planteado, en esta oportunidad se abordará en inicio lo atinente a la validez del Acta de Terminación



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

por Mutuo Acuerdo y Transacción a través de la cual se finiquitó el vínculo contractual existente entre la actora y la convocada a juicio CITIBANK COLOMBIA S.A.

Ahora bien, en materia laboral sabido es que por mandato expreso del artículo 53 de nuestra Carta Política, aquellos derechos de carácter laboral que sean por su naturaleza ciertos e indiscutibles no podrán ser objeto de transacción, como quiera que son derechos de orden público e irrenunciables (Art. 14 y 15 del C.S.T). Sin embargo, aquellos que no se enmarquen en el referido grupo, bien pueden ser conciliados o transados por las partes.

Bajo esta misma línea, encontramos que las transacciones que surjan dentro del proceso o por fuera de este, hacen tránsito a cosa juzgada, acorde con lo dispuesto en el artículo 2483 del C.C., ello en armonía con lo regulado en el artículo 312 del C.G.P. Adicionalmente, debe memorarse que la procedencia de la transacción conlleva al cumplimiento de unos requisitos, tal como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en proveído AL334-2022, Radicación No. 89832 de 19 de enero de 2022, en la cual se indicó:

*“En ese contexto, la Sala considera necesario destacar que existen unos presupuestos cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: (i) exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; (ii) el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; (iii) el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y (iv) lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes (CSJ AL607-2017), o no sea abusiva o lesiva de los derechos del trabajador”.*

En punto de lo expuesto, cabe mencionar que en nada afecta el referido acuerdo de voluntades, el hecho que el documento sea elaborado por el empleador demandado, así lo ha expuesto el órgano de cierre de esta especialidad, al tratar asunto de similares contornos al que concita la atención de este Juez Colegiado, en sentencia con Radicación No. 38706 de 16 de octubre de 2012, donde expuso:

***“Frente a la circunstancia que las actas las hubiere elaborado la sociedad demandada, basta expresar lo que en otras oportunidades ha***



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*reiterado esta Corporación, en el sentido de que “El hecho de que el mencionado documento fuera elaborado por la demandada, no deja sin valor ni efectos jurídicos el consentimiento puro y simple del actor expresado allí. Ni es tampoco una circunstancia inequívoca con la que se permita arribar a la conclusión de que el acuerdo estuvo viciado por error, fuerza o dolo” (Sentencia del 4 de abril de 2006 radicado 26071).”*

De otra parte, debe acotar esta Corporación que el Alto Tribunal al pronunciarse sobre la capacidad para obrar al momento de suscribir acuerdos de transacción con los que se da por terminado el contrato de trabajo, ha señalado que no cualquier alteración psicológica afecta la facultad de negociación del individuo, así lo reseñó en sentencia SL3144-2021, con Radicación No. 83956 de 9 de junio de 2021, en la que indicó:

*“[...] la Sala considera oportuno señalar que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de esta Corporación, no cualquier alteración psicológica afecta la facultad negocial de la persona, sino que esta debe tener la entidad suficiente para alterar su capacidad de juicio y además estar debidamente probada con los medios idóneos. Precisamente, en la sentencia CSJ SC4751-2018 esa Sala precisó:*

*“El artículo 1061 del Código Civil, incluye como inhábiles para testar, entre otros, a quien se encontrare bajo interdicción por causa de demencia (ordinal 2º); y al que para entonces no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa (ordinal 3º). La nulidad igualmente se predica de los púberes y de los interdictos por disipación, porque, no obstante, ser incapaces para celebrar los demás actos o negocios jurídicos en general (artículo 1504, ibídem), la ley no les restringe la posibilidad de disponer de sus bienes para después de sus días.*

*“La normatividad, como se observa, consagra dos presunciones, una de derecho y otra de naturaleza legal. La primera, respecto de la incapacidad absoluta del declarado interdicto, no admite prueba en contrario; y la segunda, asociada con la capacidad general de ejercicio, permite desvirtuarla, demostrando fehacientemente la perturbación.*

*“Con relación a esto último, no se trata de acreditar cualquier discapacidad de juicio, sino establecer si la afección en causa alegada, dada su gravedad, tenía la virtud de suprimir la libre autodeterminación de quien la sufría. Tratándose de desórdenes psíquicos, al decir de la Corte, porque “(...) “no cualquier dolencia mental comporta necesariamente la incapacidad de quien la padece (...)” (subrayas de la Sala)*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Para el efecto, tiene sentado la Sala, “(...) [no] basta la duda, sino como en toda sentencia condenatoria, se requiere la plena prueba (...)”. Siguiendo el mismo precedente, “(...) deberá acreditarse en forma plena que dicha persona a la sazón no estaba en su sano juicio porque padecía una enfermedad mental que no le permitía conocer y medir debida o razonablemente las consecuencias de su acto”.*

*“De consiguiente, para contrarrestar los efectos jurídicos de un acto o contrato, respecto de los cuales se presume la capacidad de ejercicio de las personas involucradas, la actividad probatoria del impugnante debe demostrar plenamente, tratándose para entonces de una discapacidad mental, la anomalía psíquica y su influencia en la determinación de la voluntad.” (Subrayado fuera de texto).*

En esa medida, la Sala al analizar el escrito denominado Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo y Transacción adiado el 31 de enero de 2017 (Fls. 61 a 62), advierte que la actora acordó con la encartada CITIBANK, que:

*“1. Las partes en pleno uso de sus facultades y de manera libre y espontánea, por **MUTUO ACUERDO** han decidido dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido que los unió desde el día **2/1/2011**, terminación que las partes acuerdan se hará efectiva de manera pura y simple a partir de la finalización de la jornada laboral del 31 de enero de 2017, de conformidad con lo establecido en el literal b) del numeral 1 del artículo 61 del Código Sustantivo De Trabajo (Subrogado por el artículo 5 de la ley 50 de 1990).*

*“Esta terminación por mutuo acuerdo es irrevocable, no produce ningún tipo de sanción o indemnización derivada de la forma de terminación del contrato y no se condiciona a la firma del acuerdo conciliatorio que se enuncia en el siguiente numeral. Por lo anterior se deja constancia que el contrato de trabajo que vinculó a las partes finaliza el 31 de enero de 2017, por mutuo acuerdo.*

*“2. Por lo anterior, y de manera independiente y autónoma CITIBANK S.A., por mera liberalidad ha decidido conceder al trabajador la cifra de \$46.114. 598 pesos m/cte. que se reconocerá a título de suma conciliatoria por retiro por una única vez y para transigir y conciliar cualquier diferencia laboral derivada del contrato de trabajo existente entre las partes. La suma anterior no constituye salario, ni factor salarial o prestacional para ningún efecto legal en los términos de las normas vigentes y está sujeta a los descuentos de ley y los autorizados por EL EXTRABAJADOR. A dicha suma adicionalmente, será imputable cualquier acreencia, derecho o diferencia que se haga exigible en el futuro y no haya sido previsto en este acuerdo y es imputable y*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*compensable a cualquier diferencia sobre derechos de origen incierto y discutible derivadas de la relación contractual.*

*“[...]*

*“4. Sin perjuicio de lo anterior, EL EXTRABAJADOR y el EMPLEADOR, han decidido TRANSIGIR de forma expresa discusiones sobre cualquier clase de acreencias laborales derivadas de derechos de origen incierto y discutible que pudiera derivarse del contrato de trabajo y que vinculó a las partes, especialmente cualquier clase de diferencias relacionadas con las causas y/o motivos que dieron origen a la terminación del contrato, ratificando en el presente acto que el contrato de trabajo terminó por mutuo acuerdo para todos los efectos, dejando sin efecto cualquier terminación anterior, por la cual no hay lugar al pago de indemnización por despido injusto, de igual manera sobre eventuales reclamaciones relacionadas con derechos indemnizaciones y/o bonificaciones por retiro, eventuales acciones de reintegro, así mismo, las partes manifiestan que concilian cualquier evento al diferencia derivada de enfermedades o accidentes que pudo haber sufrido durante la vigencia del contrato y que fueron determinados por autoridad competente, culpa patronal y cualquier otra reclamación derivada de las enfermedades que hubiera podido adquirir, así como las calificaciones que se pudieran emitir por la autoridad competente. Igualmente transigen la naturaleza, causación, reconocimiento, pago y forma de pago de bonos, bonificaciones, beneficios, descansos remunerados, licencias, periodos de lactancia, auxilios y cualquier pago recibido por EL EXTRABAJADOR durante la vigencia del contrato, así como su incidencia salarial y prestacional, y eventuales diferencias en los salarios base de liquidación, igualmente es deseo de las partes transigir eventuales reclamaciones sobre las indemnizaciones contenidas en la ley 1010 de 2006, diferencias sobre presuntas conductas de acoso laboral, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del C. S. del T., sanción por pago intereses a las cesantías, indexaciones, incrementos, ajustes salariales, corrección monetaria, eventuales diferencias sobre descuentos realizados, y en general sobre cualquier derecho incierto y discutible derivado del contrato de trabajo celebrado entre las partes.*

*“5. En virtud del pago de la suma conciliatoria, las partes transigen todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral que los vinculó, dándole al presente acuerdo el valor de transacción, con efectos de cosa juzgada, en los términos del Código Civil y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, declarado a PAZ Y SALVO a **CITIBANK S.A.**, por concepto de salarios, prestaciones, vacaciones, recargos por trabajos extra, recargos por trabajo nocturno, recargos por trabajo diurno, recargos por trabajo en días de descanso obligatorio, compensatorios, acreencias de toda índole y de todo tipo de indemnizaciones surgidas con motivo del contrato que los vinculó, (...) reclamaciones por*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*despido indirecto, diferencias sobre la indemnización prevista en la ley 361 de 1997, así mismo, las partes manifiestan que concilian cualquier eventual diferencia derivada de enfermedades o accidentes que pudo haber sufrido durante la vigencia del contrato y que fueron determinados por autoridad competente, culpa patronal y cualquier otra reclamación derivada de las enfermedades que hubiera podido adquirir, así como las calificaciones que se pudiera emitir por la autoridad competente. Igualmente transigen la naturaleza, causación, reconocimiento, pago y forma de pago de bonos, bonificaciones, beneficios, descansos remunerados, licencias, periodos de lactancia, auxilios y cualquier pago recibido por EL EXTRABAJADOR durante la vigencia del contrato, así como su incidencia salarial y prestacional y eventuales diferencias en los salarios base de liquidación, igualmente es deseo en las partes transigir eventuales reclamaciones sobre las indemnizaciones contenidas en la ley 1010 de 2006, diferencias sobre presuntas conductas de acoso laboral, el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la del artículo 65 del C. S. T., sanción por pago intereses a las cesantías, indexaciones, incrementos, ajustes salariales, corrección monetaria, eventuales diferencias sobre descuentos realizados y en general sobre cualquier derecho incierto y discutible derivada del contrato de trabajo celebrado entre las partes; igualmente EL EXTRABAJADOR acepta que el mayor valor de la liquidación de sus acreencias laborales sea imputable compensable a cualquier suma de dinero por otro concepto tuviera que pagarle.”*

Bajo ese escenario, se encuentra que la actora en el interrogatorio de parte que depuso manifestó que, conocía de los planes de retiro al interior de CITIBANK, refiriendo igualmente que el 31 de enero de 2017 no se encontraba incapacitada, además precisó que ese día se encontraba laborando y sobre las 9:00 a.m. arribó la señora LUZ AMELIA AMADO, quien era su jefe, y le entregó la carta de despido, y en ese momento la actora le manifestó que estaba en tratamiento de quimioterapia, por lo que aquella le dijo que se comunicaría con Recursos Humanos, pero al estar encargada de toda la parte operativa y comercial de la oficina por cuanto no tenía subgerente, tuvo que abrir la bóveda para entregar dinero a los cajeros a fin de estos pudieran trabajar y además tuvo que atender público, por tanto, cuando al regresar su superior le dijo que ya había hablado con Recursos Humanos y que le habían referido que lo de su salud estaba resuelto.

Frente a la pregunta de si previo al 31 de enero de 2017 había notificado su estado de salud al empleador, dijo *“pues no, yo si reporté, envié un mail en donde indicaba que inicié un tratamiento, no escribí la palabra quimioterapia, solo que me*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*encontraba en un tratamiento contra el cáncer por los próximos 5 años*". Adujo que no presentó un documento escrito al Banco, pues al enviar la incapacidad con la historia laboral en la que decía que se le había realizado una cuadrantectomía, supuso que el Banco entendía la gravedad del tratamiento y que la última incapacidad la envió en septiembre de 2016, señalando que desde 2014 le operaron la tiroides por el cáncer padecido, y que el banco también conocía del cáncer de seno.

Al ser indagada de si había suscrito el acuerdo transaccional para dar por terminado el contrato de mutuo acuerdo, aseveró: *"yo firmé una carta de renuncia"*, señalando más adelante que no sabía que era un acuerdo y que no lo firmó libremente, pues en el Ministerio de Trabajo se enteró que le habían dicho mentiras, por ende, no fue un acuerdo, pues nunca negoció con el empleador, además expuso que la demandada entregó el documento.

Al preguntársele por qué no leyó el acta, señaló *"si leí, pero no entendí nada"*, aduciendo que comprendió cuando en el Ministerio de Trabajo le entregaron un documento en donde decía que *"Usted certifica que NO está en tratamiento"* por lo que informó a la inspectora que estaba en tratamiento de quimioterapia y la funcionaria le dijo que si estaba en tratamiento no podía ser retirada, de lo que colige el engaño.

Asimismo, expuso que al 31 de enero de 2017 no le habían realizado ninguna calificación de pérdida de capacidad laboral, señalando que firmó el documento por su convicción religiosa, la manifestación de su superior quien le informó que lo atinente a su estado de salud estaba bien, y además tenía la conmoción de las bóvedas abiertas, aunado a la angustia que le ocasionaba el tratamiento de quimioterapia, por lo que no le resultaría posible acceder al mercado laboral.

De otra parte, la testigo EDNA MARCELA HERRERA LEAL aseveró que laboró en el Banco demandado y frente a la pregunta de si conocía si la demandante aceptó voluntariamente el acuerdo transaccional, indicó que entendía que sí, pero suponía que no estaba bien asesorada sobre el tema, acotando que no vio que la actora firmara el documento contentivo del mutuo acuerdo; señaló que el Banco realizó un acuerdo económico con varias personas, ofreciendo un monto



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

determinado o unos beneficios como pagarles meses de aportes, sin conocer si existía alguna consecuencia de no suscribir la oferta.

Entre tanto, la testigo LAURA TATIANA ORTIZ adujo que también laboró en la entidad bancaria convocada a juicio, mencionando sobre la terminación de la relación laboral de la actora que hasta donde conoce le entregaron un papel en el que se disponía la terminación de la relación laboral, sin conocer los aspectos del mismo.

En cuanto a las condiciones de salud de la promotora, las testigos EDNA MARCELA HERRERA LEAL y LAURA TATIANA ORTIZ fueron concordantes en afirmar que en el Banco tenía conocimiento de tal aspecto; sin embargo, no les consta de manera directa que la actora haya informado esa situación formalmente al empleador, no obstante la última de las aludidas testigos señala que estuvo presente cuando la accionante envió un correo electrónico indicando que iba a empezar el tratamiento de quimioterapia, contrariando lo expuesto por la misma demandante en su declaración, en la que adujo que informó que iba a iniciar un tratamiento, sin aclarar que se trataba de quimioterapias.

De su parte la testigo DANIELA ALEJANDRA PINTO quien es hija de la accionante, aseveró constarle que la relación laboral terminó el 31 de enero de 2017 y fue por medio de un contrato de transacción que el Banco realizó con varios trabajadores, sin que haya estado presente al momento de la suscripción del documento, el cual no obstante refiere que no fue suscrito de manera libre y espontánea, pues no lo hizo con consentimiento de causa, al ser su madre cristiana y tiene por principio obedecer a las autoridades.

Entre tanto, la testigo DIANA MARCELA GUZMÁN SEGURA refirió que labora con la litisconsorte necesaria SCOTIABANK COLPATRIA y que conoció a la demandante como Gerente en una oficina del Banco, en razón de sus funciones como administradora de la planta de la región, igualmente indicó que no tenía conocimiento que la actora padecía de cáncer, como tampoco de una incapacidad que perduró durante varios meses. Dijo que la relación laboral de la accionante terminó por mutuo acuerdo y que previo a incluir a las personas en el proceso de reestructuración, se hacían reuniones con Recursos Humanos y las personas que



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

administraban la red, de la cual ella hacía parte para evaluar si había alguna preexistencia o algún tipo de fuero por parte de las personas que iban a estar en un acuerdo; situación que igualmente fue verificada en el caso de la actora, por lo que no tenían conocimiento de que padeciera alguna enfermedad, ya que la información era reportada por un tercero, sin que la demandante en ningún momento de manera directa le comentara de la razón de sus incapacidades o de alguna recomendación médica.

Sostuvo que fue informada que el acuerdo de terminación por mutuo acuerdo fue suscrito de manera voluntaria por parte de la actora, sin que le conste de alguna presión para aceptarlo, además que, a causa de la reestructuración del CITIBANK en el año 2017, se dio el cierre de varias oficinas lo que conllevó a realizar acuerdos con diferentes empleados. Finalmente expuso que, si en su momento hubiese existido reporte del estado de salud del padecimiento de la demandante, no se le hubiese incluido en los acuerdos.

Por último, se recibió la declaración de BEATRIZ ALICIA LONDOÑO, quien dijo trabajar para SCOTIABANK COLPATRIA y que fue parte de la transición de CITIBANK a SCOTIABANK; manifestó que tuvo contacto con la demandante, porque tenía a su cargo la red de oficinas y ella trabajaba en una de las oficinas que supervisaba, no obstante, que la actora le reportaba a la Gerente de nombre LUZ AMELIA AMADO, sin que haya tenido conocimiento del cáncer y de las incapacidades de la actora.

También dijo la mencionada testigo que fue parte del grupo de trabajo que planteó la oferta de transacción a la promotora del litigio y que a razón de la reestructuración se le efectuó la propuesta, pues no sabían que tuviera algún impedimento para ser incluida, ya que de haber sabido que tenía estabilidad laboral reforzada se hubiera evaluado con el área de Recursos Humanos. Que en esos procesos siempre se analizaban todos los antecedentes médicos, si existía algún criterio de salud especial y se verificaba si la persona era apta para ser invitada al proceso de terminación de mutuo acuerdo; y en el caso puntual de la actora, nunca tuvieron en el expediente un indicio de la condición de salud que presentaba, como tampoco de incapacidad o proceso de calificación al 31 de enero de 2017.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Señaló que la gerente regional LUZ AMELIA AMADO fue quien codujo el proceso de propuesta de la terminación por mutuo acuerdo y le explicó los términos del mismo y que si era aceptado de manera voluntaria, tenía que ser firmado por la actora, precisando que no estuvo presente en el momento de la suscripción, pero la referida Gerente le informó de la situación, por último, adujo que no fue informada que el acuerdo no fue aprobado por el Inspector del Trabajo.

Acorde con lo expuesto, advierte la Sala al verificar el documento de transacción en cita, que el mismo versa sobre acuerdo efectuado entre la actora y CITIBANK S.A., a fin de terminar el contrato de trabajo por mutuo consentimiento, previo el pago de una suma de dinero, lo que cubriría contingencias y posibles derechos a favor de la demandante, sin que de ello se pueda inferir afectación alguna en el consentimiento de la trabajadora, pues si bien de la historia clínica que obra en el plenario se puede corroborar que la actora había sido operada de cáncer de tiroides y se encontraba en control de suplencia hormonal y posible recidiva tumoral para el 12 de noviembre de 2014 y el 5 de agosto de 2015 presentaba micros de riesgo en ambas mamas, por lo que se autorizó procedimiento de cuadrantectomía bilateral, presentando incapacidad del 27 de agosto al 2 de septiembre de 2016 (Fls. 26, 35 y 53); también lo es, que no se puede corroborar de manera fehaciente que de tal situación tuviese conocimiento el empleador demandado.

Pues si bien, como se expuso en precedencia las testigos EDNA MARCELA HERRERA LEAL y LAURA TATIANA ORTIZ fueron contestes en afirmar en sus versiones que en el Banco tenía conocimiento de la situación de salud de la actora, no es menos cierto, que no obra probanza alguna que permita colegir con total certeza esa situación y más exactamente para la fecha en la que se suscribió el Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo y Transacción, esto es, para el 31 de enero de 2017, aspecto que fue reiterado por las testigos DIANA MARCELA GUZMAN SEGURA y BEATRIZ ALICIA LONDOÑO, quienes fueron jefes de la demandante y manifestaron haber participado en la propuesta que se le presentó a la actora de terminación del contrato laboral por mutuo acuerdo, afirmando que de haber conocido la situación médica de ésta no le hubiesen propuesto tal situación, pues



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

eran aspectos a tener en cuenta en el proceso de reestructuración que estaba atravesando CITIBANK en ese momento.

Cabe mencionar que ninguna de las anteriores testigos estuvo presente al momento de la suscripción del acta de transacción en cuestión, advirtiéndose entonces que las deponentes EDNA MARCELA HERRERA LEAL, LAURA TATIANA ORTIZ y DANIELA ALEJANDRA PINTO son testigos de oídas. En el caso de las señoras DIANA MARCELA GUZMAN SEGURA y BEATRIZ ALICIA LONDOÑO, denota la Sala que, fueron coincidentes en señalar que, por haber sido jefes de la actora, se les informó que suscribió el acta sin coacción alguna.

Nótese que en su testimonio LAURA TATIANA ORTIZ quien es hija de la actora, señaló que además de la demandante otros trabajadores suscribieron transacciones y su vez las testigos DIANA MARCELA GUZMAN SEGURA y BEATRIZ ALICIA LONDOÑO, dieron cuenta del proceso de reestructuración en el que se encontraba CITIBANK, por tanto, se ofrecían estas terminaciones por mutuo acuerdo, aspecto que resulta coincidente con lo dicho por la testigo EDNA MARCELA HERRERA LEAL, quien dio a entender en su declaración que también le fue ofrecido el mismo acuerdo, pues expuso que tuvo un caso similar con la entidad al referirse sobre su conocimiento sobre el ofrecimiento de beneficios y dinero por el tiempo que se había laborado; sin que en nada desdiga el hecho de que el acta de transacción no haya sido mediada por el Ministerio del Trabajo a través de su inspector, pues el órgano de cierre de esta especialidad así lo ha señalado en sentencia SL3144-2021, con Radicación No. 83956 de 9 de junio de 2021, al referir que *“para la realización de dicho acuerdo transaccional la legislación no ha previsto ninguna formalidad especial o que deban realizarse necesariamente ante el Ministerio de Trabajo, como erradamente lo expone el recurrente”*.

Ofrecimientos que por demás le están permitidos a los empleadores en situaciones de reestructuración, siempre que no se afecten los derechos de los trabajadores como lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, entre otras, en proveído SL6436-2015, con Radicación No. 43610 de 15 de abril de 2015, donde explicó:



*“Así lo consideró esta Corporación en sentencia CSJ SL, 4 abr. 2006, rad. 26071, reiterada con profusión, entre otras en la reciente providencia CSJ SL8987-2014:*

*“(…) No sobra recordar lo que de antaño y de manera pacífica ha enseñado la Corte en el sentido de que no existe prohibición alguna que impida a los empleadores promover planes de retiro compensados, ni ofrecer a sus trabajadores sumas de dinero a título bonificación, por ejemplo por reestructuración, sin que ello, por sí solo, constituya un mecanismo de coacción, pues tales propuestas son legítimas en la medida en que el trabajador está en libertad de aceptarlas o rechazarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste, por lo que no es dable calificar ni unas ni otras de presiones indebidas por parte de quien las expresa, pues debe entenderse que dichas ofertas son un medio idóneo, legal y muchas veces conveniente de rescindir los contratos de trabajo y zanjar las diferencias que puedan presentarse en el desarrollo de las relaciones de trabajo.”*

Así las cosas, el dicho de la actora de que no se tuvo en cuenta por parte del empleador su estado de salud al momento de la suscripción del Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo y Transacción, y que a pesar de haber leído el documento no pudo comprender las implicaciones del mismo, por haber estado pendiente de situaciones relacionadas con sus funciones como el tema de la apertura de la bóveda del banco y la atención de personas; aunado a que en obediencia a las autoridades como se lo imponen sus creencias religiosas signó el documento; son aseveraciones de las cuales para la Sala no se desprende coacción alguna por parte de la demandada CITIBANK COLOMBIA S.A., para que la actora firmara el referido documento, tal como se puede colegir de los diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal.

Quedando así huérfanas de prueba tales afirmaciones, pues al confrontarse el acta en comento, desde el mismo título se puede entender que el tema central del mismo alude a una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo, de ahí los aspectos que expuso la promotora tengan la entidad suficiente como para suprimir la libre autodeterminación, de manera tal que le haya impedido entender y medir las consecuencias que conllevaría la suscripción del aludido acuerdo, siendo ilógico que ni siquiera haya constatado el contenido del escrito por medio del cual se terminaba la relación laboral con su empleador el día 31 de enero de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

2017, documento que según la promotora solo comprendió posteriormente cuando se lo explicó la Inspectora del Ministerio de Trabajo, más aun tratándose de una persona que para ese momento fungía como Gerente de una Sucursal Bancaria y en el desempeño de sus funciones debía estar atenta y comprender los diferentes movimientos y actividades financieras de la oficina que estaba a su cargo, como ella misma lo expuso en su declaración, lo cual no torna factible que en el momento que se le pone de presente el documento no lo haya entendido, el que por cierto, finalmente firmó en dicha calenda.

En ese estado de cosas, concluye este Juez Colegiado que no se acreditó un vicio del consentimiento de la actora por parte de la demandada CITIBANK COLOMBIA S.A. en la suscripción de la pluricitada acta de transacción, de la cual no se advierte desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables, lo que impone corroborar que la terminación del contrato fue por mutuo acuerdo con ocasión de la transacción que suscribió la demandante con la demandada CITIBANK COLOMBIA S.A.; en consecuencia, se revocará la decisión del juzgador de primer grado que declaró la ineficacia del Acta de Terminación por Mutuo Acuerdo y Transacción, firmada por las citadas partes el 31 de enero de 2017 y ordenó el reintegro a razón de la declaratoria de invalidez del acta de transacción.

**e. De la estabilidad laboral reforzada:**

Acorde con lo resuelto anteriormente, frente a la estabilidad laboral reforzada deprecada por la actora, y en punto de la apelación de las partes en tal sentido, debe recordar la Sala que la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, en sentencia SL1360-2018, con Radicación No. 53394 de 11 de abril de 2018, refirió que el artículo 61 del C.S.T., establece las diferentes formas de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, la garantía consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, solo opera para los casos de despido por razones de discapacidad, así:

*“En esta dirección, la disposición que protege al trabajador con discapacidad en la fase de la extinción del vínculo laboral tiene la finalidad de salvaguardar su estabilidad frente a comportamientos discriminatorios, léase a aquellos que tienen como propósito o efecto su exclusión del empleo fundado en su deficiencia física, sensorial o mental. Esto, en oposición, significa que las*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas en orden a dar por concluida la relación de trabajo.*

*“Lo que atrás se afirma deriva del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues, claramente, en ese precepto no se prohíbe el despido del trabajador en situación de discapacidad, lo que se sanciona es que tal acto esté precedido de un criterio discriminatorio. Nótese que allí se dispone que «ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación», lo que, contrario sensu, quiere decir que, si el motivo no es su estado biológico, fisiológico o psíquico, el resguardo no opera.*

*“Lo anterior significa que la invocación de una justa causa legal excluye, de suyo, que la ruptura del vínculo laboral esté basada en el prejuicio de la discapacidad del trabajador. Aquí, a criterio de la Sala no es obligatorio acudir al inspector del trabajo, pues, se repite, quien alega una justa causa de despido enerva la presunción discriminatoria; es decir, se soporta en una razón objetiva.”*

En esa medida, al haberse acreditado en el *sub-examine* que el acuerdo que dio por terminado el contrato de trabajo fue válido, ello conlleva que el trabajador válidamente pueda consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo así goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, pues esta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni implica que una relación laboral no se pueda terminar, así se expuso por parte del Alto Tribunal en sentencia SL3144-2021 con Radicación No. 83956 de 9 de junio de 2021, donde dijo:

*“Nótese que el Juez Plural indicó que si bien los acuerdos que celebren las partes para dar por terminado el contrato de trabajo, en principio, son válidos, podían ser controvertidos judicialmente cuando se evidenciara que se actuó sin capacidad, que la voluntad no fue libre, que recayó sobre causa u objeto ilícitos, o cuando trasgrediera derechos mínimos irrenunciables.*

*“Y en este caso en particular, como se explicó al analizar la acusación fáctica, no se acreditó en el proceso que hubo coacción por parte de la empresa al accionante para que firmara el acuerdo transaccional que finalizó el vínculo laboral. Además, este no desconoció derechos mínimos que afectaren su validez porque el trabajador puede válidamente consentir una terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo así goce de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, pues esta no concede un derecho absoluto a permanecer en un puesto de trabajo ni implica que una relación laboral no se pueda terminar.”*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Acorde con lo anterior, al examinar la historia clínica que obra en el expediente, se puede colegir que la accionante fue operada de cáncer de tiroides, por lo que se encontraba en control para el 12 de noviembre de 2014 y nuevamente el 5 de agosto de 2015 consultó ante presencia de riesgo en ambas mamas, siéndole autorizada cuadrantectomía bilateral, generándose incapacidad del 27 de agosto al 2 de septiembre de 2016 (Fls. 26, 35 y 53); sin embargo, como ya se expuso anteriormente, no se pudo determinar que el empleador al 31 de enero de 2017 tuviese conocimiento del tratamiento al cual dijo la demandante se estaba sometiendo para contrarrestar la última de la referidas patologías, pues ella misma señaló en su declaración que remitió un correo en el cual adujo que estaba en tratamiento sin precisar la razón y la fecha en la que envió esa misiva, además que no estaba incapacitada, ni había iniciado calificación de pérdida de capacidad laboral, como tampoco contaba con recomendaciones médicas.

En cuanto al dictamen emitido el 19 de octubre de 2017 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en el que se le determina a la demandante una PCL con fecha de estructuración de 7 de junio de 2017 por enfermedad de origen común (Fls. 550 a 556), tal como lo dijo el fallador de instancia, es posterior a la terminación de 31 de enero de 2017, por lo que de acuerdo con la reiterada jurisprudencia y la norma que regula dicha protección, la actora no gozaba de estabilidad laboral reforzada al momento del finiquito, por lo que no hay lugar a un reintegro por este motivo, ni al pago de la indemnización regulada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 que reclama la actora en su alzada, como tampoco al pago de perjuicios morales derivados de esa situación, lo que impone la absolución frente a la condena impuesta en tal sentido en primera instancia.

En este punto, cabe destacar que si bien el diagnóstico que aqueja a la demandante no resulta de menor importancia, también lo es, que si en gracia de discusión la Sala concluyera que a razón del proceso de recuperación del estado de salud que aquejaba a la actora, se encontraba en estado de debilidad manifiesta, sin necesidad de acudir a certificación o calificación alguna para el momento de la finiquito, también lo es, que al haberse terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, así gozara de la prerrogativa de estabilidad laboral reforzada, era posible



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

transar dicho aspecto como se indicó anteriormente. Por tanto, al no proceder el reintegro, no había lugar al pago de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST, que reclama la demandante en su apelación por el impago de los salarios causados desde la terminación del contrato el 31 de enero de 2017 y hasta el 3 de mayo de la misma anualidad, fecha en la que se dio el reintegro de la demandante en atención a orden transitoria del juez de tutela.

Finalmente, en lo que respecta al pago de la indemnización por despido sin justa causa que reclama la actora en su alzada como consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo que dispuso el juzgador de instancia entre la demandante y la demandada CITIBANK del 1º de febrero de 2011 al 15 de abril de 2021, fecha esta última en la que la actora presentó carta de renuncia (CD folio 600 archivo 36 y 37); se hace necesario precisar que dicha misiva no incide en el pago de la referida indemnización, máxime cuando como viene de verse la terminación del contrato de trabajo entre las referidas partes se dio por mutuo acuerdo y no por despido sin justa causa el 31 de enero de 2017, a lo que se suma que a la renuncia que presentó la demandante el 15 de abril de 2021, no se le puede endilgar una causa imputable al empleador que conlleve el pago de tal concepto.

Como corolario de lo anterior, se revocará en su integridad la sentencia de primer grado.

**SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**PRIMERO: REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte actora.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA CUARTA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 39 2020 00192 01  
Demandante:                        MARISEL ANDREA DEL ROCÍO MOLINA MUÑOZ  
Demandado:                         SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1. DE LA DEMANDA:**

La señora MARISEL ANDREA DEL ROCÍO MOLINA MUÑOZ promovió demanda ordinaria laboral en contra del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., a efectos que se declare que goza de la garantía del fuero de estabilidad laboral reforzada a partir del momento de la estructuración de la enfermedad que la aqueja y que fuera calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Por consiguiente, se le ordene a la demandada se le de permanencia en su puesto de trabajo por cuanto su contrato de trabajo a término fijo fue culminado cuando tenía una pérdida de capacidad laboral del 23.50% de origen laboral, situación que fue amparada de manera transitoria mediante fallo de tutela, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus súplicas adujo la actora que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 25 de noviembre de 2005 a efectos de desempeñar el cargo de Operadora de Bus Articulado, a través de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, relación laboral que finalizó el 24 de noviembre de 2019.

Que desde el año 2016 desarrolló una serie de enfermedades como trastorno de disco lumbar y radiculopatía, lo que conllevó a que la demandada el día 26 de julio de 2019 procediera a cancelar su salario sin prestación del servicio de conformidad con lo establecido en el artículo 140 del C.S.T.

Refirió que el 20 de diciembre de 2017 se emitió dictamen por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el que fue determinado como patología un trastorno del disco lumbar y otros con radiculopatía, con una de estructuración adiada el 13 de diciembre de 2016, siendo catalogada como una enfermedad de origen laboral, lo que también conllevó a que se le determinara una pérdida de capacidad laboral del 23.50%.

Que en virtud de lo anterior, al haberse finalizado su contrato de trabajo mientras gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada, impetró una acción constitucional de tutela solicitando el reintegro, la cual gozó de prosperidad, de ahí que la empresa efectuara acta de reintegro el 26 de diciembre de 2019.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La demandada SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra. Argumentó en su defensa que el contrato de trabajo finalizó por una razón objetiva, que se extrae de la terminación del plazo fijo pactado, así como por la culminación de la causa que le dio origen al contrato de trabajo, y que consistió en la pérdida de vigencia del contrato de concesión No. 001 de 1999 suscrito



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

con TRNASMILENIO, sin que el estado de salud de la trabajadora tuviese alguna incidencia en la no prórroga a su vinculación.

Asimismo, adujo que una vez culminó el contrato de concesión, se terminaron más de 500 contratos de trabajo, sin que se desconozca la estabilidad de la demandante, pero resaltando que la misma no se podía extender más allá del objeto contractual, como quiera que las causas que le dieron origen a la vinculación no existen en la actualidad, recalcando que de igual manera se dio cumplimiento a la orden de tutela.

Además resaltó que para la fecha de la finalización de la relación laboral la demandante no ostentaba una situación de discapacidad laboral, ya que los diagnósticos no le impedían cumplir con las funciones del cargo, como lo fueron tareas de apoyo al área administrativa, manejo de archivo documental, registro de información y similares, aunado a ello que las presuntas patologías no son degenerativas, no hacen alusión a enfermedades calificadas como ruinosas o catastróficas, al igual que la actora no ha superado los 180 días de incapacidad.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de título y causa, inconveniencia del reintegro, prescripción de las acciones, buena fe, compensación y genérica.

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

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 ordenó el reintegro definitivo de la demandante a un cargo con las mismas o mejores condiciones laborales compatible con su discapacidad, aclarando que la naturaleza del contrato de trabajo suscrito entre las partes sigue siendo a término fijo de un año.

Por consiguiente, condenó a la demandada pagar a favor de la actora todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 24 de noviembre de 2019, autorizando a la pasiva descontar lo pagado en virtud de la orden de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

tutela por estos mismos conceptos, y al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por valor de \$10.936.800.

Para arribar a dicha conclusión, estimó la *a-quo* que no fue objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo a un año, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de operadora de bus articulado; mismo que tuvo como extremos laborales del 24 de noviembre de 2005 al 24 de noviembre de 2019, calenda última cuando el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. finalizó el referido contrato.

Que ante el finiquito la demandante instauró acción de tutela solicitando el reintegro al ser beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada con ocasión de los padecimientos físicos que padecía de trastorno del disco lumbar y radiculopatía, acción que se conoció en primera instancia por el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías, quien amparó de manera transitoria los derechos fundamentales de la actora, decisión que fue confirmada por el Juzgado Cincuenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá.

Seguidamente, la falladora de instancia adujo que lo perseguido es la protección de la estabilidad laboral reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al considerar que su contrato de trabajo no podía ser terminado sin previa autorización, por contar con una pérdida de capacidad laboral de 23.50% de origen laboral, de ahí que se deba mantener el reintegro ordenado por el Juez de tutela.

Que por tal razón, de conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y los postulados jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se colige que puede darse por finalizado el contrato de trabajo de una persona en estado de discapacidad sin autorización del Ministerio del Trabajo, cuando el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de una justa causa o una causal objetiva, y en tratándose de dicha causal objetiva, le corresponde al trabajador en primera medida acreditar su situación de discapacidad y el conocimiento que de la misma tenía el empleador, para posteriormente y en caso afirmativo,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

determinar si existía o no causal objetiva para finalizar el vínculo contractual, carga última que le atañe al empleador.

Asimismo, sostuvo que conforme lo ha adoctrinado el Órgano de Cierre, lo que debe analizarse en el asunto es si a la demandante tenía para la fecha del despido alguna discapacidad que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus funciones en condiciones regulares al momento en que la empleadora decidió de manera unilateral terminar el vínculo laboral, y no desde la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral como se alega en el líbello inicial, para luego establecer si en efecto se configuró el nexo de causalidad, en el entendido de verificar si el contrato culminó con ocasión de la limitación física de la trabajadora.

Bajo este escenario, la *a-quo* argumentó que, atendiendo la totalidad de probanzas acreditadas en el proceso, quedó demostrado que para el momento de la terminación del contrato de trabajo de la demandante efectivamente se encontraba en una condición de discapacidad por su estado de salud, en tanto, padecía trastorno del disco lumbar y otros por radiculopatía y cervicalgia, entre otros diagnósticos, condiciones de salud que impidieron el normal desarrollo de las actividades para las que se le contrató, ya que a pesar de habersele contratado como Operaria de Bus Articulado, desde el año 2010 se le reasignaron las funciones de Apoyo de Enlistamiento de Flota y en el año 2012 de tareas administrativas, por lo que es evidente las diferentes actividades que desarrolló con ocasión a sus patologías, las cuales por demás eran de pleno conocimiento del empleador.

De otra parte, argumentó que si bien reposa calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 20 de diciembre de 2017, con un porcentaje de pérdida del 23.50% de origen laboral, los dictámenes emanados por las juntas no son pruebas solemnes como así lo ha determinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisándose que la decisión no se basa únicamente en dicha prueba, sino en las diferentes historias clínicas y conceptos médicos que fueron allegados.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Consecuente con lo anterior, la operadora de instancia analizó si la terminación del plazo pactado en el contrato de trabajo que suscribiera la encartada con la actora es una finalización objetiva para exonerársele de haber solicitado el permiso para despedir en los términos reglados en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 o si, por el contrario, el finiquito era discriminatorio, concluyendo que en atención de los postulados de la Alta Corporación, para los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, es necesario que la de decisión de no prorrogar el vínculo por parte del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados.

Bajo esta óptica, destacó que el argumento del despido sopesado por la encartada se circunscribió a que el 30 de junio de 2019 finalizó el contrato de concesión No. 001 celebrado el 1º de abril de 2000 con TRANSMILENIO, sin que a partir de dicha data hubiese podido seguir operando los buses articulados ni ejercer su objeto social, manifestando que con el reintegro de la accionante se dio aplicación a lo establecido en el artículo 140 del C.S.T. en razón de la inexistencia del cargo o función que se le pudiese asignar a la demandante.

Que por ello, en el certificado de existencia y representación legal de la demandada se aprecia que su objeto social era la participación en las licitaciones de TRANSMILENIO, especialmente en la licitación pública No. 00199, de lo que se entiende que si bien su principal objeto era acceder a dicha concesión pública la cual efectivamente conquistó, no era la única concesión en la que enmarcaba el desarrollo de su objeto social, siendo factible que la empresa licitara para otras concesiones.

Que la Resolución No. 589 del 17 de noviembre de 2017, por medio de la cual se modifica el contrato de concesión 001 del 1º de abril de 2000 adjudicado a la demandada, se especifica que en efecto la operación finalizaba el 30 de junio, pero sin que se pueda entender como una causal objetiva para la finalización del contrato de trabajo de la demandante toda vez que, se desconoce si se cumplió con lo estipulado en la cláusula cuarta que permite entender que se encuentra fenecida la concesión y en consecuencia, se encuentre inoperante



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

frente a la misma, aunado a que, la demandada no solamente tenía operatividad con lo relacionado con la concesión 001, sino que además su operatividad en el sistema TRANSMILENIO estaba relacionada con la concesión 017 de 2013, en Cali y Cartagena, tal y como lo sostuvo el Representante Legal de la pasiva en su interrogatorio de parte, lo que da cuenta que en la actualidad subsiste la necesidad empresarial por la que se le contrató en su momento aspecto que conduce que para haber culminado el contrato de la trabajadora, requería la autorización del Ministerio del Trabajo ante la notoria discriminación por la discapacidad padecida a esta última.

Por ello, también condenó al pago de la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que en el fallo de tutela se supeditó a que el pago de la misma lo definiera la justicia ordinaria, por lo que, al proceder el reintegro, es palmaria la aplicabilidad sancionatoria.

Por último, adujo que no operó la excepción de prescripción ya que la demanda se presente dentro de los cuatro meses siguientes en que fuese ordenado el reintegro por vía de tutela, más aún si se suspendieron los términos con ocasión a la pandemia por COVID 19.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte demandada la apeló. Argumentó en su alzada que la falladora de instancia incurrió en un error de derecho al omitir estudiar el componente discriminatorio, ya que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 establece que para la protección de la estabilidad la laboral reforzada se deben cumplir dos requisitos, y son precisamente que la trabajadora se vea cubierta por la mentada estabilidad, así como que el contrato de trabajo hubiese culminado por el estado de salud y no por una razón objetiva.

Que lo anterior no versa con la realidad procesal, en virtud a que se encuentra plenamente demostrado que como empresa se constituyó con el único propósito de participar y ejecutar la licitación del sistema de transporte masivo de la Ciudad de Bogotá No. 001 de 1999 convocada por TRANSMILENIO mediante la Resolución No. 21 del 12 de noviembre de 1999,



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

la cual consistía en la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en esta ciudad, situación que culminó el 30 de junio de 2019 ante la extinción de dicha concesión, por lo que no cuenta con ninguna operación de buses articulados, no explota su objeto social y no goza de alguna función que se le pueda asignar a la demandante.

Que *a contrario sensu* de lo interpretado por la *a-quo*, el Representante Legal no manifestó que operaba en otras ciudades, sino que como empresa tenían participación minoritaria en algunos lugares, adicional al hecho que no es cierto que el certificado de existencia y representación aduzca que como empresa podía participar en otras licitaciones, en razón a que debe tenerse en cuenta la situación actual del país y que en la actualidad no se cuenta con ingresos y producción de buses articulados, más aún si no existió un trato discriminatorio porque no solo culminó el contrato de trabajo de la aquí demandante, sino el de 500 personas aproximadamente, lo que conlleva a su vez que se configure una causal objetiva para el finiquito.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, habrá de determinarse si la demandante gozaba para la fecha de finalización de la relación laboral, esto es, el 24 de noviembre de 2019, de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la procedencia del reintegro perseguido.

##### **c. Del caso en concreto:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Previo al análisis de fondo sobre el asunto que ocupa la Sala, se precisa en primer lugar que no fue objeto de reproche que entre las partes existió una relación laboral bajo la modalidad de contrato de trabajo a término fijo a un año, en virtud del cual la demandante desempeñó el cargo de Operaria de Bus Articulado, vínculo contractual que tuvo como extremo inicial el 25 de noviembre de 2005 ante la consecutiva prórroga contractual, finalizando el 24 de noviembre de 2019 cuando la demandada lo culminó, prueba de ello es la copia del contrato de trabajo, la certificación emitida por la encartada el 5 de diciembre de 2019 que certifican los extremos temporales enunciados, y la carta fechada el 15 de octubre de 2019 en la que se le indicó a la actora que con 30 días de anticipación su contrato culminaría a partir del 24 de noviembre de esa anualidad (Fls. 16, 34 y 20 a 23 – PDF 03 Anexos Demanda).

Tampoco el hecho que, como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo por parte de SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A., la demandante instauró acción constitucional de tutela solicitando el reintegro, al estimar afectada la garantía a la estabilidad laboral reforzada, situación que condujo a que el Juzgado Veintinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías en sentencia proferida el 23 de diciembre 2019 tutelara sus derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, salud, mínimo vital y seguridad, por lo que se le reintegró de manera transitoria a un cargo en las mismas condiciones o mejores a las que venía desempeñando, decisión que fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá en providencia adiada el 7 de febrero de 2020 (Fls. 68 a 81 y 84 a 100 – PDF 03 Anexos Demanda).

Lo anterior conllevó a que la Empresa SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. a través de Acta del 26 de diciembre de 2019, reintegrara a la demandante al cargo a partir de esa misma calenda (Fl. 43 - PDF 03 Anexos Demanda).

#### **d. De la estabilidad laboral reforzada:**

Bajo este escenario, en tratándose de la estabilidad laboral regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el inciso segundo de dicho precepto, fue



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-531 de 2000, bajo el entendido que carece de todo efecto el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación física, sin que exista autorización previa del Ministerio del Trabajo, y sin que compruebe previamente la configuración de una justa causa.

De esa manera, es claro que la Ley 361 de 1997 busca proteger a las personas con discapacidad, para que no sean despedidas debido a dicha condición. Por ende, resulta indispensable establecer cuál es el contenido de esta expresión a fin de determinar si la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en dicha normativa, la cual consagra:

*“NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.*

*“No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.*

De igual manera, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1360 de 2018, Radicación No. 53394 del 11 de abril de 2018, señaló respecto de la protección especial objeto de estudio, que:

*“[...] a juicio de la Sala, debe ser comprendida la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues resulta ilógico prohibir el despido del trabajador «por razón de su limitación» y al tiempo vedarlo cuando este fundado en un motivo ajeno a su situación. Si, la sanción tiene como propósito disuadir despidos motivados en el estereotipo de la condición de discapacidad del trabajador, no debería haberla cuando esté basada en una causa objetiva demostrada. A la larga, la cuestión no es proteger por el prurito de hacerlo, sino identificar y comprender los orígenes o causas de los problemas de la población con discapacidad y, sobre esa base, interpretar las normas de un modo tal que las soluciones a aplicar no los desborden o se transformen en otros problemas sociales. Así las cosas, la Corte abandona su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115,*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se adocrinó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso.*

En la citada providencia la Corte concluyó que:

*“[...] el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”.*

Ahora bien, frente a la intelección de un requisito *sine qua non* atinente a acreditar mediante un dictamen de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, esto es, que se constituya en una pérdida moderada, severa o profunda, debemos remitirnos a las consideraciones de la sentencia SU-049 de 2017 y lo estimado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3772-2018, Radicación No. 46498 del 5 de septiembre de 2018, en la que señaló:

*“Frente a los reproches traídos en el cargo, el Tribunal no incurrió en ningún desvío interpretativo respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al estimar que la estabilidad laboral reforzada allí prevista no operaba automáticamente en todos los casos, puesto que esta consideración se aviene a la jurisprudencia emitida por esta Corporación, en cuanto a que la ineficacia del despido prevista en la norma requiere la presencia de varios presupuestos, tales como i) que el trabajador padezca de un estado de discapacidad en grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen; ii) que el empleador tenga conocimiento de dicho estado de discapacidad; iii) que el patrono despida al trabajador de manera unilateral y sin justa causa; y iv) que el patrono no solicite la correspondiente autorización del Ministerio del Trabajo.”*

De igual manera, en dicha providencia, se cita la sentencia SL11411-2017, Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017 a efectos de establecer que:

*“[...] la Corte ha precisado que no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera en un carné, como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se activen las garantías que resguardan su estabilidad”*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, no debe soslayarse que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL471-2018, Radicación No. 55933 del 28 de febrero de 2018, señaló:

*“No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión.”*

*[...]*

*“No está demás advertir por la Sala que la jurisprudencia laboral distingue entre la condición de incapacidad y la de discapacidad, para efectos de reconocer la garantía de la estabilidad laboral reforzada, a saber:*

*“Antes de abordar el problema planteado, la Sala precisa que se debe distinguir la condición de discapacidad laboral que significa la pérdida o reducción de una proporción de la capacidad para el trabajo, la cual, dependiendo del grado de la afectación, es posible que el trabajador que la padece pueda ser reubicado laboralmente para seguir prestando el servicio o se le califique la estructuración de una invalidez. Mientras que la incapacidad laboral refiere al deficiente estado de salud del trabajador que le impide prestar el servicio temporalmente y lo hace merecedor de las prestaciones de salud para lograr su recuperación y en dinero que sustituye el salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Esta puede ser por enfermedad general o con ocasión de la actividad laboral.*

*“[...] como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Corporación, no es suficiente por si solo el quebrantamiento de la salud de la trabajadora o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada.”*

Postura que se mantiene incólume por parte de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, pregonando adicionalmente que dicha discapacidad puede ser acreditada mediante cualquier medio probatorio, como se indicó en la sentencia SL – 4825 del 2020.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, estas posturas fueron reunidas y concretadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL711 del 2021, en la cual se enfatizó en que: (i) La garantía foral establecida en la Ley 361 de 1997 se aplica para aquellas personas que padezcan de una situación de discapacidad en un grado significativo que conozca el empleador; (ii) tal calidad no requiere que se encuentre establecida en un carné y que el dictamen de pérdida de capacidad laboral tan poco se constituye como una prueba solemne, pues en estos casos el juez goza de libertad probatoria; y, (iii) el despido del trabajador debió basarse en su estado de salud, en tal virtud recuerda que le corresponde al trabajador acreditar la circunstancia de discapacidad a la fecha del despido, para que este se presuma discriminatorio, correspondiendo al empleador desvirtuar la referida presunción.

Un entendimiento razonable de la anterior postura señala que las referidas circunstancias deben estar probadas o padecerse al momento del despido, para poder inferir que esas habrían sido las razones que eventualmente motivaron el despido, y en tratándose del grado de discapacidad, si quiera moderada, claro es que nuestro órgano de cierre decanta que el Juez se encuentra en libertad probatoria para determinarla en los términos determinados en el artículo 61 del C.P.T y de la S.S.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3132-2021, Radicación No. 75850 del 12 de julio de 2021, reafirmó el argumento de auscultar la discapacidad con otros medios de convicción diferentes al del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, trayendo a colación la sentencia SL1236-2021, Radicación No. 67060 del 17 de marzo de 2021, la cual reseñó:

*“[...] como lo tiene asentado la jurisprudencia laboral de esta Corporación, para que haya lugar a la estabilidad laboral del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es preciso, primero, que se trate de personas con discapacidad; segundo, que el hecho sea conocido por el empleador, y, tercero, que la ruptura contractual obedezca a esta situación del trabajador (CSJ SL 5184-2020).*

*“[...]”*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“Por esa razón, uno de los presupuestos indispensables para dar paso a la estabilidad laboral objeto de estudio es que el estatus de discapacidad del trabajador sea conocido o previsible por el empleador al momento de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo. Ese momento, en los contratos de trabajo a término fijo, se materializa cuando se comunica el preaviso al trabajador y el vencimiento del plazo del contrato no es más que la ejecución de esa decisión de no prorrogar. Inclusive, el empleador podría cancelar los 30 días del preaviso, sin que el trabajador deba prestar el servicio.*

*“[...]*

*“En ese orden, no es necesario que el trabajador esté previamente reconocido como persona en condiciones de discapacidad o que se le identifique de esa manera mediante un carné como el que regula el artículo 5 de la Ley 361 de 1997, pues lo importante es que, realmente, padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocida por el empleador, para que se active su garantía de estabilidad laboral, CSJ SL 058-2021.*

*“La jurisprudencia reiterada y pacífica de esta Corporación ha adoctrinado que, para la concesión de la protección de estabilidad laboral reforzada en comento, no es suficiente que, al momento del despido (o del preaviso en los contratos de trabajo a término fijo), el trabajador sufriera quebrantos de salud, estuviera en tratamiento médico o se le hubieran concedido incapacidades médicas, sino que debe acreditarse que, al menos tuviera, una limitación física, psíquica o sensorial con el carácter de moderada, esto es, que implique un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15% (CSJ SL, 28 ago. 2012, rad. 39207, reiterada en las decisiones CSJ SL14134-2015, CSJ SL10538-2016, CSJ SL5163-2017, CSJ SL11411-2017 y CSJ SL4609-2020).*

*“En esa línea, esta Corte tiene establecido que, para conocer ese nivel de disminución en el desempeño laboral, por razones de salud, no basta que aparezca en la historia clínica el soporte de las patologías y secuelas que padece un trabajador, porque la situación de discapacidad en que se encuentra el trabajador no depende de los hallazgos que estén registrados en el historial médico, «sino de la limitación que ellos produzcan en el trabajador para desempeñar una labor y, precisamente, esa limitación no es posible establecerla sino a través de una evaluación de carácter técnico, donde se valore el estado real del trabajador desde el punto de vista médico y ocupacional», CSJ SL572-2021.*

*“Esa es la razón de la importancia de una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores. No obstante, la jurisprudencia laboral reconoce que no es el único medio probatorio idóneo para probar esa condición y, con fundamento en el principio de libertad probatoria y formación del convencimiento del art. 61 del CPTSS, en el evento de que no exista una calificación del grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, **esta Sala admite que la limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentre el trabajador, siempre que***



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

***sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, verbigracia, cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, cuenta con concepto desfavorable o desfavorable de rehabilitación, o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo, CSJ SL572-2021.***

*“Como lo que se protege con la estabilidad laboral reforzada del art. 26 de la Ley 361 de 1997 es la discriminación por motivos de discapacidad con la terminación del contrato o el despido, esas condiciones indicadoras de la necesidad de protección deben estar presentes al momento de la decisión del empleador de finalizar el vínculo y ser evidentes para él, para que se haga exigible la autorización del Ministerio de Trabajo previamente a la finalización de la relación laboral, so pena de la presunción de la discriminación, y sea el empleador quien tenga que desvirtuarla demostrando las razones objetivas de su decisión.”*

Concluyó esa Corporación en la sentencia SL3132-2021, Radicación No. 75850 del 12 de julio de 2021 que:

*“Lo anterior sin perjuicio de que la Sala recuerde que refulge evidente el desacierto del Juzgador colectivo en la interpretación errada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al considerar, con base en pruebas documentales señaladas anteriormente, en que el amparo se activó por el hecho de que el empleador tenía conocimiento sobre el estado de salud de la demandante para la data de la terminación del contrato de trabajo, que lo ubicaba en el campo de la debilidad manifiesta, sin que existiera certeza de limitación o discapacidad relevante en la salud de la accionante para cuando feneció tal vínculo y menos aún presentaba una situación grave en su salud que fuera notoria y evidente ni contaba con restricción médica para el desempeño de sus labores con ocasión de la enfermedad profesional que se le dictaminó, por ende no le competía obtener permiso administrativo para despedir, ni tenía resistencia legal que le impidiera prescindir de los servicios de aquella, por tanto, se descarta de plano una decisión discriminatoria”.*

Así las cosas, en primer lugar aprecia la Sala que como lo estableció la falladora de instancia y en atención del anterior postulado emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, del entendimiento sobre el caudal probatorio acreditado en el plenario, en el caso de marras se dan los presupuestos para que de entrada se pueda colegir que en efecto la accionante a la fecha del finiquito de su relación laboral gozaba de la garantía de amparo



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

de estabilidad laboral reforzada en los términos de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Nótese que, de las pruebas acreditadas por el extremo accionante, obra como soporte principal que Liberty Seguros el 20 de enero de 2010 (Fls. 37 a 39 - PDF 03 Anexos Demanda), emitió concepto a la demandante en el que se determinó que padecía de las patologías de *“LUMBALGIA MECÁNICA CRÓNICA, DISCOPATÍA ORÍGEN PROFESIONAL LUMBAR L4-L5, L5-S1, HERNIA DISCAL L4-L5”*, y además se determinó que: *“Se desempeña como conductora de bus del sistema Transmilenio, sin tener un vehículo asignado, cambiándolo cada día, las condiciones ergonómicas de la cabina y de la silla del conductor no permiten apoyo lumbar ni en asentamiento o evaluación de la silla. Así mismo los timones y los cinturones de seguridad no son adaptables, generando dificultades posturales durante la conducción”*. Se concluyó como recomendaciones solicitar cita con Medicina Laboral de ARL con el fin de iniciar manejo integral.

Por otro lado, el mismo Representante Legal de la encartada, señor JHON FREDDY PIÑEROS CARREÑO, al rendir interrogatorio de parte fue enfático en exponer sobre el conocimiento que tenía la empresa del padecimiento de salud que venía presentando la actora aproximadamente desde el año 2010, tanto así, que confesó que con ocasión a las diferentes recomendaciones emanadas a la actora, esta última fue reubicada en áreas ajenas a la labor de conductora de bus articulado por la que se le contrató ante las restricciones médicas que padecía, en aras de resguardar los quebrantos de salud de la demandante por los trastornos de disco lumbar y otros con radiculopatía .

El anterior aspecto se acompasa con lo expuesto por la testigo KAREN VIVIANA RODRÍGUEZ FORERO, quien era la encargada del área de nómina de la empresa desde el año 2015 hasta el mes de julio de 2019, quien manifestó tener conocimiento de la afección en salud de la demandante, al punto que durante en algunos momentos acreditó sendas incapacidades.

Así las cosas, hasta este punto es palmario el padecimiento de la actora durante la vigencia de la relación laboral y hasta la fecha del despido sobre las patologías de Lumbalgia Mecánica Crónica, Discopatía Origen Profesional



Lumbar L4-L5, L5-S1, Hernia Discal L4-L5, lo que da cuenta de las limitaciones sustanciales en el desempeño de sus funciones en condiciones regulares al momento en que la empleadora decidió de manera unilateral terminar el vínculo laboral, finiquito que se reitera, se realizó con pleno conocimiento de las condiciones de salud de la señora MARISEL ANDREA DEL ROCÍO MOLINA MUÑOZ, más aún cuando incluso la misma empresa le comunicó a la actora que el 26 de diciembre de 2019, tiempo posterior al despido y que se le reintegrara como consecuencia de la orden tutelar, que procedería a dar aplicación al artículo 140 del C.S.T. en el entendido que no prestaría sus servicios percibiendo sus salarios y acreencias laborales, aspecto que sopesa el quebrantamiento de salud padecido en el transcurrir del tiempo (Fl. 44 - PDF 03 Anexos Demanda)

Ahora bien, la Sala destaca que dentro del presente asunto a parte del análisis probatorio hasta aquí realizado, se puede colegir que también se configura el segundo precepto para estimar sin dubitación la configuración de la estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y es el hecho que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral el 20 de diciembre de 2017, a través del cual en tratándose de las patologías de Trastorno de Disco Lumbar y otros con Radiculopatía, le determinó a la actora una pérdida de capacidad laboral 23.50% de origen laboral, con fecha de estructuración adiada el 13 de diciembre de 2016 (Fls. 60 a 66 - PDF 03 Anexos Demanda).

Por tal razón, queda asentado el notorio conocimiento que tenía la empresa demandada sobre las afectaciones o padecimientos de salud con que contaba la actora al momento de la finalización del contrato de trabajo, tópico que por demás tampoco fue desconocido por la encartada en la contestación de la demanda, lo que conlleva a que se configure el primer requisito sobre la presunción de que el despido ocurrió con ocasión a los quebrantos de la actora.

Ahora, el segundo aspecto a auscultar es si la demandada finalizó el contrato de trabajo bajo una causal objetiva ajena al padecimiento de salud de la demandante. Para el efecto, se recalca que el argumento central de la pasiva para su absolución, es el hecho que el contrato de trabajo a término fijo que se



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

venía prorrogando en el tiempo desde el año 2005, finalizó con ocasión de una justa causa plenamente comprobada como es el hecho que como empresa se constituyó con el único propósito de participar y ejecutar la licitación del sistema de transporte masivo de la ciudad de Bogotá, la cual le fue adjudicada mediante el contrato No. 001 de 1999 con el propósito de prestar el servicio público de transporte terrestre automotor urbano masivo de pasajeros en esta ciudad, concesión que feneció el 30 de junio de 2019, de ahí que no contara con la actividad laboral esencial por la que se le contrató a la señora MARICEL ANDREA DEL ROCÍO MOLINA MUÑOZ.

Frente lo dicho, la Alta Corporación ha sostenido en línea jurisprudencial respecto los contratos a término fijo, que el simple hecho de finiquitar el vínculo por el plazo pactado o la culminación del propósito de la contratación, no obedece a una causal objetiva que conlleve a que el empleador desconozca la estabilidad laboral reforzada. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en un asunto de similares condiciones al que ocupa a este Colegiado, más exactamente en la sentencia SL5558-2021, Radicación No. 74051 del 7 de diciembre de 2021, determinó:

*“De acuerdo con lo precedente, el empleador está exento de acudir a la oficina del trabajo cuando la terminación del contrato de trabajo obedece a una justa causa o a una razón objetiva. Por el contrario, será necesaria la intervención de dicha autoridad cuando la desvinculación esté fundada en la incompatibilidad de la discapacidad del trabajador para el desarrollo de un rol ocupacional en la empresa, o, dicho de otro modo, cuando el motivo del despido sea la discapacidad, **pero no por capricho o discriminación sino porque no existe en la empresa un empleo acorde y compatible con la diversidad funcional del trabajador (CSJ SL2586-2020).***

*En el presente asunto, la Sala encuentra que no se presentan los yerros jurídicos que le fueron endilgados al juez de segundo grado pues, no es cierto, como lo plantea la recurrente, que la simple existencia de un contrato por obra o labor contratada descarta la procedencia de la garantía de la estabilidad laboral reforzada, en tanto debe estar demostrado el motivo real de la culminación del vínculo de trabajo. De modo que, la modalidad contractual no genera, por esa sola circunstancia, la improcedencia de una eventual protección laboral reforzada, o dicho, en otros términos, esa garantía no se exceptúa frente a esta modalidad contractual en los casos en que se acredite que el respectivo despido fue discriminatorio o se soportó en el estado de salud*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

del trabajador.

*“Ello fue puntualizado en reciente decisión, CSJ SL2586-2020, en la que, esta corporación incluso citó jurisprudencia de la Corte Constitucional, en ese sentido:*

*“Por lo anterior, es deber del interprete judicial buscar una solución respetuosa de los derechos de los trabajadores en el contexto de los contratos a término fijo, pues esta modalidad no es una coraza compacta y hermética que impida la vigencia de los derechos fundamentales en su interior. Tampoco dota al empleador de un poder omnímodo en la empresa ni una licencia para inobservar los derechos fundamentales en el trabajo.*

*“Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece un privilegio exclusivo para los trabajadores con contrato a término indefinido. Por el contrario, su texto alude que ninguna persona «podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad», de modo que la garantía se despliega a todas las modalidades contractuales. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-049-2017 refirió que la estabilidad laboral reforzada «aplica a todas las alternativas productivas», premisa que se reiteró en sentencia T-118-2019 al señalarse que la garantía engloba a «cualquier modalidad de contrato».*

*“Adicionalmente, la protección de las personas con discapacidad la garantizan normas de alta jerarquía y amplio espectro, como los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política y hoy en día la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que, sin duda, están llamados a operar en todas las formas contractuales. Lo contrario implicaría establecer distinciones donde la Constitución y ley no las hacen, peor aún, conllevaría a afirmar que los derechos fundamentales en el trabajo son una conquista exclusiva de los empleados tradicionales y no de los trabajadores en general.*

*“(…) Así las cosas, se declarará ineficaz la terminación del contrato y se ordenará a Carrefour que proceda a reintegrar a la demandante a un cargo compatible con su discapacidad, junto con el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir hasta la fecha de su reubicación, debidamente indexados, y el pago de los aportes a los subsistemas de pensión y salud. Para tales efectos, se deberá tener en cuenta un último salario de \$468.200 –La Sala resalta-. (Las negrillas y subrayado son de la Sala).*

*“Por ese motivo, siendo claro que la estabilidad laboral reforzada se predica sin distinción a la modalidad contractual, el Tribunal no incurrió en el error de interpretación del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 cuando consideró, a tono con la jurisprudencia de esta Corte, actualmente vigente, que la garantía prevista en la norma citada aplicaba al contrato de trabajo, cualquiera que fuera su modalidad. Por lo tanto, se descarta que el juez de segundo grado hubiera errado en la interpretación jurídica*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

endilgada.

*“Ahora bien, como la censura refiere que en este caso operó una causal objetiva de terminación de la relación de trabajo consistente en la terminación de la obra contratada, debe ponerse de presente que el juez de segundo grado echó de menos, precisamente, la existencia de elementos de juicio que demostraran que la culminación del contrato de trabajo del demandante hubiera obedecido al hecho de que las actividades contratadas habían desaparecido, conclusión que no fue cuestionada por la censura a través de la senda adecuada, pues el ataque se formuló por la vía directa, de modo que quedan incólumes esas conclusiones fácticas del colegiado que, en estricto sentido, descartaron ese motivo invocado.*

*“Es decir, si la casacionista pretendía que se aceptara que en este caso operó una razón, como la aducida de finalización de la obra, se imponía que destruyera primero la conclusión del Tribunal cuando encontró que el demandado no demostró las razones que invocó para dar por terminado el vínculo con el actor de «finalización de la obra», máxime si la decisión fue categórica en indicar que se alegaba que la labor había culminado en febrero de 2011, en tanto que el finiquito contractual había operado en diciembre de ese año.*

*“Sobre la necesidad de probar la ocurrencia de una causal objetiva de terminación y así sustraerse de la protección laboral, **a propósito de los contratos a término fijo, esta Corte ha insistido que resulta imperiosa su acreditación, de modo que, si el vencimiento del plazo debe ser demostrado, en el mismo sentido tal consideración resultaría aplicable a los eventos del contrato de finalización de la obra. Así, por ejemplo, en decisión CSJ SL711-2021, en el que la Sala analizó la procedencia de la garantía de estabilidad laboral reforzada en un contrato celebrado a término fijo, puntualizó:***

*“Es cierto que, acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, **sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.***

*“Pero habría que precisar, que ello solo es aplicable en los casos de trabajadores con discapacidad, es decir, aquellos a quienes logren acreditar que se encuentran en los rangos de protección aceptados por la jurisprudencia de la Corte, y no que opere en este tipo de vínculo frente a cualquier afectación a la salud. (Subraya la Sala).*

Puesto de presente lo dicho, se aprecia que para efectos que el SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. entrase a desvirtuar la discriminación de la estabilidad laboral reforzada de la demandante, allegó a la litis como



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

medios de convicción de prueba la carta de terminación del contrato de trabajo que suscribiera la Gerente de Gestión Humana (Fl. 39 – PDF 03 ANEXOS CONTESTACIÓN DE DEMANDA), la cual describe lo siguiente:

*“Me permito informarle que su contrato de trabajo a término Fijo no se prorrogará, motivo por el cual sus funciones culminarán el próximo 24 de noviembre de 2019.*

*“De esta forma, estamos dando cumplimiento a lo estipulado por la ley y se le está suministrando esta información con 30 días de antelación.*

*“Agradecemos los servicios prestados por usted y finalmente le informamos que a la terminación de su contrato de trabajo puede acercarse a nuestras oficinas a reclamar las sumas que le corresponden por la liquidación final del mismo.*

*“Lo anterior, debido a las decisiones operativas y de decisión internas.”*

Como se aprecia de la comunicación que emitiera la encartada a la actora, se encuentra argumentada única y exclusivamente en la expiración del plazo pactado, sin que se le advirtiera si quiera que la no prórroga del vínculo contractual obedeciera a la finalización de la concesión que se tenía con Transmilenio, aspecto que advierte de entrada que no se realizó al menos una valoración mínima sobre el estado de salud de la accionante.

Atendiendo los argumentos de alzada del apelante, se aprecia que aportó la Resolución No. 589 del 17 de noviembre de 2017 expedida por la Gerente General de Transmilenio S.A. (Fls. 59 a 81 - PDF 03 ANEXOS CONTESTACIÓN DE DEMANDA), que demuestra en términos generales que la mencionada Transmilenio S.A. convocó mediante la Resolución No. 021 del 12 de noviembre de 1999 la Licitación Pública No. 001 de 1999, con el objeto de entregar en concesión la explotación comercial del servicio público de transporte terrestre automotor masivo urbano de pasajeros bajo la modalidad de vehículos automotores sobre las Troncales del Sistema Transmilenio y demás situaciones relacionadas, licitación que le fue adjudicada a la demandada a través de la Resolución No. 026 del 10 de abril de 2000 y que tuvo como plazo máximo de aplicación el 30 de junio de 2019 según se observa del ordinal CUARTO – ETAPA DE OPERACIÓN REGULAR de la enunciada Resolución 589 del 17 de noviembre de 2017.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

A pesar de lo anterior y, como lo estableció la *a-quo*, si bien uno de los objetos sociales del SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE SI 99 S.A. al momento de su constitución giró frente al tema de la Licitación Pública No. 001 de 1999 con Transmilenio S.A. y aspectos derivados de la misma, lo cierto es que como lo advierte el certificado de existencia y representación legal de la encartada (Fls. 4 a 14 - PDF 03 ANEXOS CONTESTACIÓN DE DEMANDA), el objeto social no giró en torno exclusivo a esa actividad, toda vez que, le permitía también ser partícipe en calidad de socia en empresas que se dediquen a la actividad del transporte terrestre masivo de pasajeros en otras ciudades del país, la realización de todas las actividades conexas o complementarias necesarias para la ejecución de los contratos de concesión que integran el objeto de la sociedad, la importación, compra, venta, ensamble de buses articulados, sus partes, piezas, equipos, repuestos y demás elementos necesarios para su funcionamiento, la importación, compra, venta de chasis para buses articulados, sus partes y piezas, entre otras.

En tal sentido, contrario al argumento del apelante, si bien explotó su objeto social mediante la licitación que tuvo con Transmilenio S.A., lo cierto es que esta no fue la única actividad legal que puede desarrollar la pasiva, tanto así que del mismo interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal, destacó que la empresa en la actualidad no ha entrado en proceso de reorganización como quiera que es socia minoritaria de algunas concesiones que se pretenden desarrollar en las ciudades de Cali y Cartagena, lo que da cuenta que se continúa explotando su objeto social en diferentes lugares del país, de ahí que de conformidad con los postulados jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentre plenamente acreditado por el extremo accionando la necesidad empresarial para el finiquito del contrato de trabajo.

Ello por cuanto, al existir distintas actividades que continúa desarrollando la empresa sobre su objeto social, el argumento que se encuentre insolvente a efectos de no resguardar la estabilidad laboral reforzada resulta inocuo, prueba de ello es el hecho que desde el año 2019, calenda en que feneció la licitación con Transmilenio S.A., la empresa continúa por más de casi tres años



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

realizando concesiones en lugares externos a la ciudad, aunado a que, conforme lo demuestra su objeto social, todas las actividades legalmente permitidas para su desarrollo, giran en torno a funciones propias por las que se le contrató a la demandante, esto es, lo relacionado a la operación de buses articulados.

En ese orden de ideas, no se advierte una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo, ello por cuanto la duración del mismo, no dependía exclusivamente de la vigencia del contrato suscrito por la accionada con Transmilenio.

Puntualiza la Sala que no puede perderse de vista que la esencia de la figura de la estabilidad laboral reforzada es precisamente evitar un trato discriminatorio del empleador para con el trabajador cuando se ausculte fehacientemente la condición de salud, tópico que quedó plenamente consignado dentro del presente asunto; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse.

También se precisa que, al configurarse el reintegro, es procedente la sanción de los 180 día que pregonan el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y en virtud a que el monto decidido en primer grado no fue apelado, ese aspecto se mantendrá incólume.

Como corolario de lo anterior, se confirmará la decisión de primer grado. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN**  
Magistrado

**RAFAEL MORENO VARGAS**  
Magistrado

*Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020*