



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MYRIAM CECILIA DAZA OYUELA  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicación:** 18-2020-00044-01  
**Tema:** APELACIÓN SENTENCIA– INTERESES MORATORIOS- REVOCA Y MODIFICA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Myriam Cecilia Daza Oyuela, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que declare que la encartada incurrió en un retraso injustificado para proceder al reconocimiento del retroactivo pensional causado de su pensión de vejez y, en consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de los intereses moratorios sobre el valor de las mesadas ordinarias y adicionales, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 8 de julio de 1958 y cotizó un total de 1832 semanas; que solicitó pensión de vejez a Colpensiones el 6 de agosto de 2018, la cual le fue negada mediante Resolución SUB 299455 del 2018, argumentando insuficiencia de semanas. Indicó que la citada determinación fue revocada mediante Resolución DPE 2480 del 2019, reconociendo su pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2019. Refirió que mediante Resolución SUB 292797 del 2019 le fue reconocido un retroactivo pensional en la suma de \$175.500.485, previos los descuentos a salud, el cual fue incluido en nómina en noviembre de 2019. (Expediente electrónico, PDF 2020-0044 (FOLIO 1 AL 79), págs. 4 a 10)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 2020-0044 (FOLIO 1 AL 79), págs. 8 y 9); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** La convocada a juicio dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que obró conforme a los criterios de ley, generando el reconocimiento de la pensión de vejez, a través de la Resolución DPE 2480 del 3 de mayo de 2019, siendo reconocidos y pagados los valores por concepto de retroactivo mediante Resolución SUB292797 del 23 de octubre de

2019, por lo que no existe concepto alguno o demora injustificada como lo asegura la parte actora

Indicó que ha actuado bajo los criterios de buena fe, pues reconoció las sumas a las que había lugar a favor de la actora, por lo que no se encuentra en mora alguna que motive el reconocimiento de intereses moratorios, bajo los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, pago, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses ni indemnización moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF CD. FOLIO 74)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de febrero del 2022, en la que la falladora condenó a la enjuiciada a pagar el capital insoluto final pendiente de pago por concepto de mesadas ordinarias, el cual asciende a la suma de \$27.163.370; intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de diciembre de 2019 sobre el capital insoluto ordenado en el numeral anterior, y que corresponden a la suma de \$14.505.183, calculados con fecha de corte 28 de febrero de 2022, sin perjuicio de los que se sigan causando hasta la fecha del pago efectivo; intereses moratorios originados sobre las mesadas pensionales causadas entre el 1 de marzo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2019 a la tasa máxima legal prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del día 6 de diciembre de 2018, por valor de \$49.751.411; costas del proceso.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Con tal propósito, citó el contenido de la referida disposición, así como el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar de entrada que es procedente aplicar los réditos solicitados en el presente asunto, ya que la solicitud relacionada con el reconocimiento pensional se presentó el 6 de agosto del 2018, misma que fue negada mediante Resolución No. SUB 299455 del 2018, siendo confirmada por la Resolución No. SUB 7663 del 2019, aduciendo no cumplir con el requisito de semanas exigidas en la norma. No obstante, la encartada mediante acto administrativo DPE No. 2480 del 2019, revocó la decisión para en su lugar reconocer la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2019.

Expuso que la actora el 15 de mayo de 2019 solicitó el pago del retroactivo pensional de vejez y mediante fallo de tutela proferido por el Juzgado 22 Administrativo de Oralidad del Circuito judicial de Bogotá ordenó que la demandante debía completar con los documentos necesarios para exigir el retroactivo pensional, por lo que aquella presenta el 10 de octubre de 2019 nuevamente la petición, siendo resuelta mediante Acto Administrativo No. SUB292797 del 23 de octubre de 2019, a través del cual se reconoce mesadas pensionales atrasadas, indicándose que la fecha de efectividad de la pensión de vejez era el 1 de marzo de 2016.

Con ello significó que había lugar al reconocimiento de los intereses reclamados, además, porque si bien la entidad resolvió primeramente negar la solicitud pensional dentro de los 4 meses que concede la norma para definir la pensión de vejez, sin embargo, en virtud de los recursos propuestos, la encartada al momento de desatar la apelación encontró que la actora si tenía el derecho a la citada prestación, pero dicho

reconocimiento quedó zanjado totalmente con la expedición del acto administrativo que reconoce y paga el retroactivo pensional.

Así, sostuvo que no existió ninguna justificación para haber negado la prestación económica, razón por la cual debía la demandada pagar los intereses moratorios originados sobre las mesadas pensionales causadas entre el 1 de marzo de 2016 hasta el 31 de octubre de 2019, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales deberán calcularse a partir del 6 de diciembre de 2018, atendiendo a que la entidad contaba con un término de 4 meses para resolver la misma. Indicó que como quiera que el acto administrativo que SUB292797 del 23 de octubre de 2019 donde se mencionó que día ser incluida en nómina el mes de noviembre de 2019, que se canceló en el mes de diciembre de esa misma anualidad, los réditos son sobre las mesadas causadas con anterioridad.

Bajo ese horizonte, procedió a realizar las liquidaciones del caso, constatando que la entidad demandada en Resolución No. SUB292797 del 23 de octubre de 2019 estableció un valor a pagar por concepto de mesadas pensionales la suma de \$183.178.292, por mesadas adicionales la cuantía de \$14.304.993 y descuentos en salud por \$21.982.800, para un total de retroactivo pensional \$175.500.485. Sin embargo, al verificar las sumas percibidas se dio cuenta que eran inferiores al valor real que debía cancelar, entendiendo que se debió a un error matemático de Colpensiones.

Así las cosas, en uso de las facultades ultra y extra petita consagradas en el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S., dispuso que el valor por las mesadas pensionales ordinarias corresponde a la suma de \$214.044.062, arrojando una diferencia por valor de \$30.865.770 a favor de la actora, al que deben realizarse descuentos en salud por valor de \$3.702.400 y sobre los cuales deberá también condenarse a los intereses moratorios deprecados a partir del 1 de diciembre de 2019.

Finalmente, dijo que no había lugar a declarar la excepción de prescripción en tanto que no transcurrió el término trienal que la ley dispone para la prosperidad de tal medio exceptivo, debido a que la actora el 6 de agosto de 2018 elevó reclamación del derecho pensional, dejando en suspenso el fenómeno prescriptivo hasta el momento en que la entidad emitió la decisión resolviendo el recurso de apelación a través de acto administrativo DPE No. 2480 del 2019, y la presentación de la demanda que fue el 3 de febrero de 2020. (Expediente electrónico, carpeta AUDIENCIA 23 FEBRERO-2022, audio AUDIENCIA VIRTUAL RAD 11001310501820200004400-20220223\_154637-Meeting Recording)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la accionada interpuso recurso de apelación señalando que mediante la Resolución SUB 292797 del 23 de octubre de 2019 y conforme a una acción de tutela que incoó la accionante, la entidad reconoció mesadas pensionales de manera retroactiva, de ahí que no proceda el pago de los intereses moratorios, pues no existe mora en el pago del retroactivo pensional, a más porque la mora no fue generada por la pasiva, sino por la demandante al no radicar en debida forma la novedad de retiro. En cuanto al pago de las costas solicitó que las mismas fueran revocadas teniendo en cuenta "*que es una cuantía extremadamente alta, por lo cual mi representada dichas condenas no sujetan a un recurso propio de la entidad, sino que lo sujeta a los recursos que aportan al sistema de seguridad social todos los afiliados al régimen de prima media*" (Expediente electrónico, carpeta AUDIENCIA 23 FEBRERO-2022, audio AUDIENCIA VIRTUAL RAD 11001310501820200004400-20220223\_154637-Meeting Recording)

**6. Alegatos de conclusión.** La **demandante** alegó en su favor que los argumentos objeto del recurso interpuesto por Colpensiones en el caso presente, se limitan a manifestar inconformidad respecto de la condena de intereses moratorios impuesta de manera que en virtud de la aplicación del principio de la consonancia, tiene solo competencia para examinar los aspectos que fueron objetos de la apelación, no de aquellos que no fueron controvertidos concretamente en el recurso interpuesto.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- ✓ ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por considerar la demandada que acreditó razones justificantes para no proceder con el reconocimiento de la pensión y retroactivo causado a la actora?
- ✓ ¿Hay lugar a modificar el valor de las costas procesales por considerarse excesivo de cara a los valores objeto de condena?

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

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, lo primero que se debe anotar es que en el presente asunto no se discute que la promotora del proceso realizó solicitud de reconocimiento de su pensión de vejez el 6 de agosto de 2018 ante la enjuiciada. Tampoco que con la Resolución DPE 2480 del 3 de mayo de 2019, mediante la cual se revocó la Resolución SUB 299455 del 17 de noviembre de 2018 que negó el derecho pensional, a la actora le fue reconocido pensión de vejez en aplicación de lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición, con base en 1839 semanas, con una tasa de reemplazo del 90% y en cuantía inicial de \$5.144.295. Ni que a través de Resolución SUB 292797 del 23 de octubre de 2019 la prestación económica le fue reconocida a partir del 1 de marzo de 2016, que le generó a su favor un retroactivo pensional de \$175.500.485 que se incluyó en nómina de noviembre de 2019 para ser pagado en diciembre de ese mismo año.

(Expediente electrónico, CD. FOLIO 77).

Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez correspondiente a las mesadas comprendidas entre el 16 de marzo de 2016 al 31 de octubre de 2019, discutiendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a intereses moratorios lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual "*en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.*".

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*"; y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: "*están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior.*"

Así mismo, en sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Del mismo modo, la misma Corporación, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

*"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: "*se causan a partir del plazo máximo de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003*", y que "*de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley*" (CSJ SL787-2013).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

*"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:*

*Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.*

*Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del*

*reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)».*

De conformidad con la normatividad citada y aplicable, así como a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia atrás referida, la Sala evidencia de entrada que ninguna de las excepciones antes descritas se configura, para que la enjuiciada sea exonerada de los réditos pretendidos por la actora, pues no obstante que la actora solicitó su derecho a la pensión el 6 de agosto de 2018, cuando ya había acreditado requisitos exigidos para acceder a ella, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, solo entra a reconocer la prestación económica el 3 de mayo de 2019, ante la expedición de la Resolución DPE 2480, disponiendo lo pertinente al retroactivo pensional causado solo hasta la expedición de la Resolución SUB 292797 del 23 de octubre de 2019, cuando observa que el beneficio pensional lo es a partir del 1 de marzo de 2016 y no al 1 de mayo de 2019, como inicialmente lo concluyó.

En ese orden, se evidencia demora en el reconocimiento pensional y por tanto en la satisfacción de las mesadas causadas a partir del vencimiento de los 4 meses con que contaba para adelantar los trámites necesarios a ese fin, conforme a la disposición citada, de ahí que debe asumir su lentitud o tardanza, cancelando los intereses moratorios generados entre el 6 de diciembre de 2018 al 31 de octubre de 2019, sobre el importe de aquellas mesadas tardíamente reconocidas en Resolución SUB 292797 del 23 de octubre de 2019.

Ello si se atiende al hecho de que no existen mesadas pensionales insolutas que deban ser reconocidas a favor de la accionante, pues, contrario a lo inferido por la A quo, el retroactivo causado a favor de la misma corresponde del 1 de marzo del 2016 (causación y disfrute del derecho pensional) al 30 de abril de 2019 (un día antes a la fecha que Colpensiones inicialmente reconoce la pensión de vejez mediante Resolución DPE 2480 de 2019) y no como lo entendió la juez primigenia, esto es, a octubre de 2019, pues dicha data atañe al mes en que fue proferida la Resolución SUB 292797 del 23 de octubre de 2019.

Con lo dicho, no se advierte que Colpensiones se haya equivocado al liquidar el retroactivo pensional, como pasa evidenciarse, por manera que siendo correcta la suma que entregó por el citado concepto a la actora, de ninguna forma hay lugar al pago de mesadas pensionales insolutas:

<b>Retroactivo Pensional</b>				
Fecha inicial	Fecha final	Mesada Pensional	Nº. Mesadas	Subtotal
01/03/16	31/12/16	\$ 4.529.402,00	11,00	\$ 49.823.422,00
01/01/17	31/12/17	\$ 4.789.843,00	13,00	\$ 62.267.959,00
01/01/18	31/12/18	\$ 4.985.748,00	13,00	\$ 64.814.724,00
01/01/19	30/04/19	\$ 5.144.295,00	4,00	\$ 20.577.180,00
<b>Total Retroactivo</b>			<b>\$ 197.483.280,00</b>	

<b>Resumen Liquidación</b>	
Retroactivo pensional entre el 1/03/2016 al 30/04/2019	\$ 197.483.280,00
Descuentos aportes a salud (-)	\$ 21.982.800,00
Total a reconocer	\$ 175.500.480,00
Reconocido Resolución SUB 292797 de 2019	\$ 175.500.485,00
Saldo	-\$ 0,50

Bajo ese norte, si bien es cierto se debe imponer condena en contra de la demandada, ordenado reconocer y pagar los intereses moratorios causados entre el 6 de diciembre de 2018 al 31 de octubre de 2019, no obstante, deberá ser únicamente sobre el importe de aquellas mesadas que se causaron entre dichas fechas, cuyo retroactivo final ascendió a \$175.500.480, y no como lo determinó la juez de primer grado; por lo que así se dispondrá y en ese sentido se revocará en su integridad los numerales 1° y 2° de la sentencia consultada y apelada, además, se modificará el numeral el 3° de la misma, para en su lugar que condenar a la demandada a reconocer y a pagar a favor de la demandante los intereses moratorios causados entre dicha calenda, en cuantía única de \$39.763.958.76.

Mesada Causas	Fecha Inicial	Fecha Final	Número de días en mora	Interés mora E.A.	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal Interés
Capital Acumulado 1/03/2016 a 5/12/2018	06/12/2018	31/10/2019	329	25,55%	0,062357%	\$ 167.765.567	<b>\$ 34.417.866,05</b>
dic-18	06/12/2018	31/10/2019	329	25,55%	0,062357%	\$ 9.140.538	<b>\$ 1.875.222,78</b>
ene-19	01/02/2019	31/10/2019	272	25,55%	0,062357%	\$ 5.144.295	<b>\$ 872.529,23</b>
feb-19	02/02/2019	31/10/2019	271	25,55%	0,062357%	\$ 5.144.295	<b>\$ 869.321,40</b>
mar-19	03/02/2019	31/10/2019	270	25,55%	0,062357%	\$ 5.144.295	<b>\$ 866.113,57</b>
abr-19	04/02/2019	31/10/2019	269	25,55%	0,062357%	\$ 5.144.295	<b>\$ 862.905,74</b>
<b>Total Intereses moratorios</b>							<b>\$ 39.763.958,76</b>

## Prescripción

Referente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada, la Sala debe mantener incólume la decisión relacionada con su no declaratoria, atendiendo a que el 6 de agosto de 2018 la señora Myriam Cecilia Daza Oyuela solicitó a Colpensiones la pensión de vejez, la que fue otorgada por Resolución DPE 2480 de 2019; la reclamación administrativa por los intereses moratorios fue radicada el 15 de mayo del mismo año y la demanda se interpuso el 3 de febrero de 2020, por lo que entre una fecha y la otra no transcurrió más del término trienal establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del CST, de ahí que no operó el fenómeno prescriptivo de los derechos reclamados con la demanda.

## Costas impuestas en primera instancia a Colpensiones

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el A quo al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

Cabe aclarar que con apego a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. Además, es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias, menos aún entrar a tasar o compensar los gastos del proceso, como es el valor que se generó por concepto del dictamen antes referenciado, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta

para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

### **Costas en esta instancia**

Sin condena en costas en esta instancia, por no haberse causado.

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

### **RESUELVE**

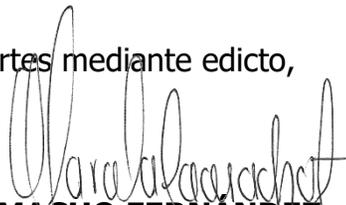
**PRIMERO: REVOCAR** los numerales 1° y 2° de la sentencia proferida el 23 de febrero del 2022 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 3° de la sentencia apelada y consultada, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a reconocer y pagar a favor de la demandante, señora **MYRIAM CECILIA DAZA OYUELA**, los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales causadas entre el 1 de marzo de 2016 al 30 de abril de 2019, de conformidad con lo establecido en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$39.763.958.76, atendiendo a las razones antes dichas.

**TERCERO:** En lo demás, mantener incólume la sentencia consultada y apelada.

**CUARTO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



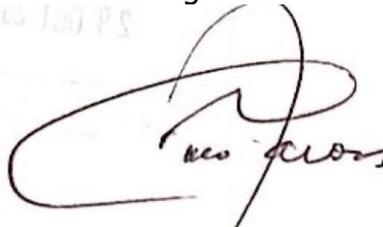
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Magistrado



**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**

Magistrado

(salvamento de voto parcial)



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MERY CARDOZO HEREDIA  
**Demandada:** COLPENSIONES  
**Radicación:** 27-2020-00049-01  
**Tema:** APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN DE VEJEZ- MODIFICA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA  
AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** Mery Cardozo Heredia, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, le asiste el derecho a que se le reconozca y pague la pensión de vejez desde el 4 de septiembre de 2005, por acreditar los requisitos preceptuados en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de la citada prestación, junto con sus mesadas adicionales, retroactivo pensional, intereses moratorios previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación en forma subsidiaria.

Como pretensiones subsidiarias pidió que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 11 de febrero de 2014, por acreditar los requisitos preceptuados en el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, mismo que debe aplicarse en virtud del principio de la condición más beneficiosa. En consecuencia, se condene a la encartada a su pago, con las mesadas adicionales, retroactivo pensional, intereses moratorios previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación en forma subsidiaria. En todo caso, solicitó lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 4 de septiembre de 1950, por lo que, para el 1 de abril de 1994, contaba con 43 años y 610.86 semanas cotizadas. Refirió que laboró para la empresa Siete Flores C.I. S.A. en el cargo de operaria desde el 14 de mayo de 2003 al 25 de abril de 2005, empleador que, mediante oficio del 10 de junio de 2005, le comunicó al ISS que no ha realizado los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por los periodos correspondientes de marzo y abril del 2005.

Expuso que mediante auto de fecha 28 de septiembre de 2006, la Superintendencia de Sociedades declaró terminado el proceso liquidatorio de la empresa Siete Flores C.I.S.A. en liquidación. Narró que mediante Resolución 012157 del 28 de marzo de 2006, el ISS le negó la pensión de vejez por no reunir las semanas de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, además, en oficio del 31 de enero de 2007 le comunicó que los aportes realizados al sistema de pensiones entre abril de 2003 y noviembre de 2003 no pueden ser tenidos en cuenta ya que no se efectuaron cotizaciones a salud. Indicó que dicha negativa se mantuvo por el ISS mediante Resolución No. 118145 del 26 de agosto de 2011 y por Colpensiones a través de Resolución GNR 216914 del 27 de agosto de 2013, esta última indicando que los periodos abril, junio a agosto, octubre y de diciembre de 2003 a mayo de 2005 presentan deuda por parte del empleador.

Finalmente, señaló que mediante dictamen No. 201480326TT del 28 de noviembre de 2014, Colpensiones determinó que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 65.57%, origen común y fecha de estructuración 11 de febrero de 2014; sin embargo, la enjuiciada negó mediante Resolución GNR 236728 del 4 de agosto de 2015 su pensión de invalidez. (Expediente electrónico, PDF 01 EXP 2020-049, págs. 6 a 35)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01 EXP 2020-049, págs. 210 a 211); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** La convocada a juicio dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, si bien la demandante en principio es beneficiaria del régimen de transición, pues nació el 4 de septiembre de 1950, contando con 43 años al 1 de abril de 1994, no cumplió con la densidad de semanas al 31 de julio de 2010, fecha en que terminó el régimen solicitado. Indicó que dentro de los últimos 20 años anteriores a la edad, esto es entre el 4 de septiembre 1985 al mismo mes y año 2005 solo contaba con 416,28 semanas, y en toda su vida laboral un total de 937,43, por lo que no acredita los requisitos estipulados en el Acuerdo 049 de 1990 el cual fue aprobado por el Decreto 758 de 1990, reiterando, por no cumplir con el régimen de transición y en caso de cumplir con dicho beneficio, no cumple con las 1000 semanas en cualquier época o 500 semanas en los últimos años anteriores al cumplimiento de edad.

En lo atinente a la pensión de invalidez solicitada refirió que de conformidad con el dictamen No. 201480326TT del 28 de noviembre de 2014 que arrojó una pérdida del 65.57% de su capacidad laboral, estructurada el 11 de febrero de 2014, la demandante no acredita los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, esto es 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la data de estructuración.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses

moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 01 EXP 2020-049, págs. 166 a 185)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero del 2022, en la que la falladora condenó a la enjuiciada a pagar la pensión de vejez a partir del 4 de septiembre de 2005, junto con los incrementos legales anuales y dos mesadas adicionales. Declaró prescritas las mesadas pensionales causadas desde el 4 de septiembre de 2005 hasta el 31 de enero de 2017 y condenó a Colpensiones pagar la suma de \$58.129.939 que corresponde al retroactivo causado entre el 1 de febrero de 2017 hasta el 31 de enero de 2022 y las que se causen con posterioridad incluidas dos mesadas adicionales anuales y los reajustes legales anuales. Condenó a la encartada a pagar los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera causados sobre cada mesada pensional debida, desde el 1 de junio de 2020 hasta cuando se incluya en nómina de pensionados la pensión a la demandante. Gravó en costas a la demandada.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si la demandante mantuvo el régimen de transición, pese a la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005, si acredita los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, para el reconocimiento de la pensión de vejez y si tiene derecho a los intereses moratorios pretendidos. Con tal propósito, citó el contenido de la referida disposición, así como el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que la demandante al haber nacido el 4 de septiembre de 1950, contaba al 1 de abril de 1994 con 43 años, de ahí que en principio sería beneficiaria del régimen de transición.

Refirió que según el reporte de semanas de cotización, la demandante cotizó entre el 14 de diciembre de 1971 al 25 de julio de 2005 un total de 1.028.86 semanas, conteo que incluye los ciclos comprendidos en los períodos de junio a agosto, octubre a diciembre de 2003, enero a diciembre de 2004, enero a abril de 2005, laborados con el empleador Siete Flores C.I.S.A., fecha para las cuales se encontraba debidamente afiliada al sistema y tenía contrato de trabajo vigente con la citada sociedad, tal y como se encuentra certificado dentro del expediente. Discurrió en que si ese empleador presenta deuda por no pago en dichos ciclos, era deber de la otrora ISS adelantar el cobro coactivo correspondiente ante el empleador moroso y no imponer una carga adicional a la trabajadora que en últimas es quien resulta perjudicada por la omisión del deber cobro que la ley impone a las administradoras.

Concluyó que la promotora del proceso mantuvo el régimen de transición, pese a la modificación que efectuó el Acto Legislativo 001 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, por lo que su derecho pensional debe analizarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, aludió a que la señora Cardozo cumplió 55 años el 4 de septiembre de 2005 y según reporte de semanas de cotización cotizó un total de 1.028.86, por manera que cumplió con los requisitos establecidos en el literal b del artículo 12 del citado acuerdo, lo que le imponía reconocer la pensión de vejez a partir del 4 de septiembre de 2005.

Sentado lo anterior, para efectos de la liquidación de la prestación económica indicó que el IBL arrojó la suma \$361.244, suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2005, por lo que reconoció una pensión de vejez en cuantía de \$381.500 a partir del 4 de septiembre de 2005 y en 14 mesadas mensuales. Atinente

a la excepción de prescripción sostuvo que de conformidad con los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., la demandante reclamó el 22 de febrero de 2006, sin embargo, como la demanda se presentó fuera de los 3 años siguientes, esto es, el 31 de enero de 2020 operó tal fenómeno de las mesadas pensionales con anterioridad al 31 de enero de 2017.

Relativo a los intereses moratorios solicitados en el escrito primigenio, aludió a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y con ello significó que Colpensiones debió reconocer a la actora la pensión de vejez por cumplir con los requisitos para mantener el régimen de transición, sin embargo, como la única reclamación se efectuó el 22 de febrero de 2006 y la demanda se presentó el 1 de junio de 2020 (SIC), concluyó que la enjuiciada debe cancelar dichos réditos a partir del 1 de junio de 2020 (SIC) hasta que el pago de la obligación se efectúe. (Expediente electrónico, audio 05 AUDIENCIA ARTICULO 77 Y 80 - 14 DE FEBRERO DE 2022)

## **5. Impugnación y límites del ad quem**

**5.1. Parte demandante.** Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que la A quo incurrió en error al establecer que los intereses moratorios debían ser concedidos a partir del 1 de junio de 2020, toda vez que *“si bien están afectados por la respectiva prescripción, estos deben operar también en esa misma sintonía, es decir, no desde el 1 de junio de 2020, sino desde el 1 de junio de 2017, teniendo en cuenta que las mesadas pensionales están prescritas hasta el 31 de enero de 2017, por lo tanto, los 4 meses para contabilizar el reconocimiento y pago de la prestación que debía tener aquí la demandada operaría desde el 1 de febrero de 2017 hasta el 30 de mayo de 2017, según los criterios de este profesional del derecho (...). Se determine que los intereses si es del caso deben aplicarse desde el 1 de junio de 2017 (...)”* (Expediente electrónico, audio 05 AUDIENCIA ARTICULO 77 Y 80 - 14 DE FEBRERO DE 2022)

**5.2. Parte demandada.** En su alzada esgrimió que la demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición, ya que cuenta con 938 semanas y no cuenta con las 1.300 semanas mínimas exigidas en la Ley 797 de 2003. Refirió que en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 la actora debía contar con 35 años o 15 años de servicio, sin embargo, solo cuenta con 610 semanas cotizadas y, por tanto, conforme lo estableció el Acto Legislativo 001 de 2005, no tiene las 750 semanas exigidas para mantener la transición. Esbozó que, en gracia de discusión, conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, tampoco cumple con tales supuestos, debido a que no cuenta con las 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, pues cuenta con 416 semanas cotizadas durante este periodo.

Refirió que no se pueden tener en cuenta los periodos reclamados en mora, en tanto que debía acreditar que se habían efectuado dichos pagos, aspecto que no se hizo; en todo caso debía acreditarse la existencia de la relación laboral, situación que tampoco ocurrió y por tanto no es posible tener en cuenta los periodos en mora. Expuso que no es posible el reconocimiento de los intereses de mora, debido a que los mismos solo proceden conforme a lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es decir, cuando existe mora en el pago de mesadas pensionales, condición que se cumplió, en tanto que no se cuenta con el mínimo de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión de vejez. (Expediente electrónico, audio 05 AUDIENCIA ARTICULO 77 Y 80 - 14 DE FEBRERO DE 2022)

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Parte demandante.** Solicitó que se modifique el fallo recurrido en tanto que es claro que los interés moratorios debían concederse desde el año 2017, teniendo en

cuenta que si bien opero el fenómeno de la prescripción respecto de las mesadas pensionales e intereses moratorios, yerra la sentenciadora de primera instancia al indicar que el termino debía computarse desde el momento en que se radica la demanda y cuatro meses posterior, y no desde el momento en que empieza a generarse el retroactivo pensional previa aplicación de la prescripción, es decir, los intereses debían ser reconocidos desde el 01 de junio de 2017, teniendo en cuenta los cuatro meses con los que cuenta la entidad para reconocer las mesadas pensionales.

**6.2. Colpensiones.** En su escrito de alegaciones argumentó que la accionante debió acreditar la totalidad de los requisitos establecidos en la norma inmediatamente anterior a la ley 100, para este caso lo contemplado en el Decreto 758 de 1990, artículo 12, de manera que no es posible reconocer el derecho por cuanto a pesar de contar con 55 años para el 4 de septiembre de 2005, no contaba con las 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima entre el 4 de septiembre de 1985 al 4 de septiembre de 2005, pues constaba con 416,28 semanas cotizadas, y no contaba con las 1000 semanas, pues acreditaba hasta esta fecha 937,43 semanas no cumpliendo con los requisitos de esta normatividad.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta a favor de Colpensiones en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿Acertó la cognoscente de primer grado al concluir que existió mora patronal en el pago de cotizaciones a favor de la actora, en virtud de la relación laboral que aquella sostuvo con la sociedad Siete Flores C.I.S.A.?
- (ii) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y si lo conservó por acreditar al menos 750 semanas de cotizaciones al sistema general de pensiones al 25 de julio de 2005, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005?
- (iii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo, a partir de qué fecha?
- (iv) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?
- (v) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto que no existe un incumplimiento injustificado en el reconocimiento pensional, dado a que la demandante no tiene derecho a la prestación económica deprecada?

### **Mora patronal**

Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: "*Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber*

*laborado" y "en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)" (sentencia SL18108 de 2017).*

Igualmente, la misma corporación ha señalado que: *"Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio". (SL3845-2021)*

Con lo dicho, la primera discusión se genera en torno a las cotizaciones que realizó la demandante por cuenta de la empleadora Siete Flores C.I. S.A., pues afirma no se le convalidaron la totalidad de sus aportes en la historia laboral. Ciertamente se observa de la historia laboral actualizada al 23 de mayo de 2019 que, aunque aparece en determinados períodos la afiliación vigente, no se registraron la totalidad de cotizaciones por cuenta de dicha empleadora en virtud de los periodos extrañados por la demandante, según se observa en el detalle de pagos efectuados de la citada historia laboral (Expediente Electrónico, carpeta 03 HISTORIA LABORAL, PDF GRP-SCH-HL-66554443332211\_1842-20201014101705).

Así, frente a la mora del empleador en las cotizaciones al sistema general de pensiones y las consecuencias a la asegurada, no puede desconocer la Sala la línea jurisprudencial atrás esbozada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta, la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, si el empleador no cumplió con la obligación legal contenida en el artículo 22 de ley 100 de 1993, tampoco obra prueba alguna que demuestre que la enjuiciada desde que se configuró el incumplimiento, hubiese desplegado actividad alguna en aras de obtener la cancelación de la deuda acorde con las precisas facultades que para el efecto otorgan los citados artículos, conduce a que deba convalidar los ciclos dejados de cancelar por el empleador moroso. Ahora, siendo cierto que se debe otorgar eficacia jurídica a las cotizaciones adeudadas por el empleador, también lo es que cuando se invoca la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador.

Con fundamento en lo anterior, en lo que atañe al asunto de marras, se evidencia de la historia laboral con respecto de las cotizaciones realizadas por Siete Flores C.I.S.A., que aparece afiliación a partir de mayo de 2005, efectuando aportes de la siguiente manera y sin que aparezca novedad de retiro:

No. Patronal	Empleador	Ciclos	Días cotizados
800124546	SIETE FLORES S.A.	2003/05	17
800124546	SIETE FLORES S.A.	2003/09	30
800124546	SIETE FLORES CISA	2003/11	30

Revisado el material probatorio arrimado al proceso por la actora, se observa certificación laboral expedida por la empresa Siete Flores C.I.S.A., según la cual:

### CERTIFICA QUE:

La señora **CARDOZO HEREDIA MARIA MERY**, identificada con C.C. 41.513.417 de Bogotá, laboró en nuestra compañía desde el día 14 de Mayo de 2003 hasta el día 25 de Abril de 2005 ~~créditos~~ cierto contrato vigente, desempeñando el cargo **OPERARIA AGRICOLA** con un contrato a término fijo inferior a un año con un SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

Además informamos que se encontraba afiliada a:

E.P.S.	I.S.S.
A.F.P.	I.S.S.
A.R.P.	COLPATRIA
CAJA DE COMPENSACION	CAFAM

Así mismo, se allegó comunicación de la citada empresa suscrita por la liquidadora el 10 de junio de 2005, misma que fue enviada al ISS y mediante la cual se informó que debido a la crisis económica por la que atravesaba no contaba con los recursos para realizar los pagos correspondientes a los meses de marzo y abril de 2005 que a la fecha adeuda por su trabajadora María Mery Cardozo Heredia. Además, en el expediente administrativo obra formulario de vinculación al sistema general de pensiones e inscripción de trabajadores realizado por la citada sociedad y a favor de aquella, sin que se evidencie la fecha en que se realizó tal diligencia.

Bajo el anterior recuento probatorio, se cumplen las condiciones para que el periodo sea tenido en cuenta, pues según las documentales atrás referidas, las cuales durante el curso del debate probatorio no fueron redargüidas de falsas ni desconocidas por la enjuiciada, de las mismas se desprende que la actora mantuvo relación laboral con la sociedad Siete Flores C.I.S.A. desde el 17 de mayo de 2003 al 25 de abril de 2005, periodo durante el cual, aunque se surtió la afiliación al ISS, el empleador omitió realizar las cotizaciones que le correspondían.

Así las cosas, se evidencia que la cognoscente de primer grado no cometió ninguno desatino al verificar de dichas documentales la existencia de la relación laboral, la afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones y la falta de pago de aportes por el periodo que se extraña, con lo cual, aceptándose que la citada empresa, no obstante el deber contenido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, omitió sufragar oportunamente las cotizaciones, no podía tanto el Instituto de Seguros Sociales como Colpensiones desconocer el periodo con fundamento en la mora, pues legalmente tenía el deber de cobrarlos coactivamente al empleador utilizando las acciones previstas en la Ley para ese efecto.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que no obra en el expediente que el extinto ISS, hoy Colpensiones haya adelantado las gestiones de cobro coactivo, o que tal deuda se haya declarado incobrable, es por lo que, no puede acarrear consecuencias negativas o desfavorables para el afiliado y en ese horizonte, tales períodos donde incurrió en mora el empleador deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, lo que traduce en 89.86 semanas (629 días) con el empleador Siete Flores C.I.S.A., que sumadas a las 937.43 que reporta en la historia laboral actualizada al 14 de octubre de 2020, arroja un total de 1.027.29 semanas en toda su vida laboral desde el 14 de diciembre de 1971 hasta el 25 de abril de 2005.

## **Régimen de transición**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

Ahora, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 cuenta con 43 años por haber nacido el 4 de septiembre de 1950, tal como se constata con la cédula de ciudadanía (Expediente electrónico, PDF 01 EXP 2020-049, pág. 37). Así mismo, importa precisar que también cumple con la exigencia de las 750 semanas requeridas por el Acto Legislativo 01 de 2005 para conservar el régimen transicional hasta el año de 2014, ya que acredita a 25 de julio de 2005, 1.027.29 semanas cotizadas.

## **Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990**

Bajo los anteriores parámetros, para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajadora del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, la actora arribó a los 55 años el 4 de septiembre de 2005, fecha para la cual contaba con 1.027.29 semanas durante toda la vida laboral, siendo procedente el reconocimiento pensional conforme los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tal y con acierto lo encontró la juez de primer grado.

## **Causación y disfrute**

Conforme a ello basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a

la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, la actora cumplió su estatus pensional o causación el 4 de septiembre de 2005, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990; por lo que a partir de esa fecha será también su disfrute, dado a que la actora realizó su última cotización pensional el 25 de abril del mismo año, en los términos antes dichos y como bien lo señaló la juzgadora de primer grado.

### **Tasa de reemplazo Acuerdo 049 de 1990**

A la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 75%, sobre el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que la actora cotizó un total de 1.027.29.

### **Monto de la pensión**

Ahora bien, respecto al IBL aplicable al demandante, tenemos que al 1º de abril de 1994 la demandante contaba con 43 años, de forma tal que le faltaban más de 10 años para cumplir con los requisitos mínimos legales para pensionarse, y en consecuencia le es aplicable el IBL previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 (SL2818-2021), es decir, con los últimos 10 años, no siendo posible liquidar con toda la vida laboral, pues aquella no alcanzó a cotizar más de 1250 semanas.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas, según la tabla que se anexa a este proveído, encuentra la Sala que la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión en cuantía de \$367.356,59 para el año 2005. Sin embargo, como quiera que la citada suma es inferior al salario mínimo legal mensual vigente, es claro que la mesada pensional se determina en un valor de \$381.500, tal como lo concluyó la juez de primer grado.

### **Prescripción**

En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

*"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."*

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que al haberse causado la pensión desde el 4 de septiembre de 2005 es claro que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que la actora el 22 de febrero de 2006 elevó reclamación ante la otrora ISS, misma que le fue resuelta mediante Resoluciones No. 012157 de 2006, 118145 del 26 de agosto de 2011 y GNR 216914 del 27 de agosto de 2013, según se registró en cada uno de los actos administrativos; por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta 27 de agosto de 2017. Como la demanda no se presentó en ese lapso, dichas mesadas prescribieron.

Ahora bien, respecto a las mesadas causadas con posterioridad al 27 de agosto del 2017, la actora no presentó una nueva reclamación, por lo que la prescripción fue interrumpida solo con la presentación de la demanda, esto es, el 31 de enero de 2020. Así las cosas, no incurrió en error la cognoscente de primer grado al señalar que prescriben las mesadas causadas con anterioridad al mismo mes y año de 2017, por lo que se mantendrá incólume en lo que hace a este aspecto la sentencia.

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

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

La doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: *"fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron"*; y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, adoctrinó que: *"están obligadas*

*a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

Así mismo, en sentencia SL1681-2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, modificó la postura sobre la procedencia de los intereses moratorios, e indicó que:

*"(ii) El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 tuvo el propósito de superar las viejas discusiones doctrinales y jurisprudenciales frente a la manera de resarcir los perjuicios ocasionados por la mora en el pago de las pensiones. Por consiguiente, estamos frente a una regulación unificadora, **aplicable a todo tipo de pensiones sin importar su origen legal**". (Negrilla fuera del texto)*

Del mismo modo, la misma Corporación, ha ido más allá y ha determinado la procedencia de los intereses moratorios en tratándose de reajustes o reliquidaciones, criterio vertido en la sentencia SL3130-2020, reiterada en la SL4073-2020, en los siguientes términos:

*"Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora".*

Frente a su causación, ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 16 de octubre de 2012 (rad. 42.826), que: *"se causan a partir del plazo máximos de 4 meses a que se refiere el artículo 9º de la ley 797 de 2003"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

*"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:*

*Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.*

*Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petitionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".*

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semanas, sin tener en cuenta los periodos que la misma entidad reporta con la novedad de empleador en mora, pues le competía a la entidad proceder al cobro de tales aportes y no lo hizo, y por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el 22 de febrero de 2006, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 22 de junio de 2006 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde esa data; empero no se puede obviar que sobre los mismos también pesa la excepción de prescripción que la encartada en oportunidad procesal propuso.

Así, como se dijo con anterioridad, la demandante interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda, esto es, el 31 de enero de 2020, por manera que debe entenderse que con anterioridad a ese mismo día y mes pero del año 2017, también se encuentran prescritos los intereses moratorios conforme lo dispone los artículos 151 del C.P.T y SS y 488 del CST.

Así las cosas, como la A quo ordenó a pagar a la encartada los intereses moratorios desde el 1 de junio de 2020 sobre cada mesada atrasada, es procedente modificar tal condena en el sentido de que los citados réditos deben ser cancelados por Colpensiones a partir del 31 de enero de 2017 y hasta la fecha en que se efectúe el pago, teniendo en cuenta para ello la tasa moratoria máxima vigente al momento de la total cancelación del crédito.

### **Costas en esta instancia**

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 5º de la sentencia proferida el 14 de febrero del 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 31 de enero de 2017, sobre las mesadas causadas a partir de dicha data, y las que se sigan causando hasta la fecha efectiva del pago de la obligación, intereses que se calcularán teniendo en cuenta la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

**SEGUNDO:** En lo demás, mantener incólume la sentencia consultada y apelada.

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

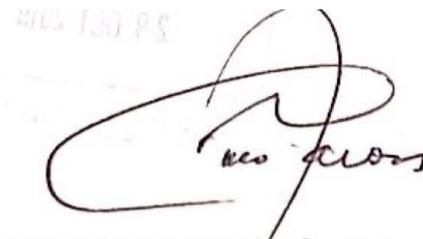
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

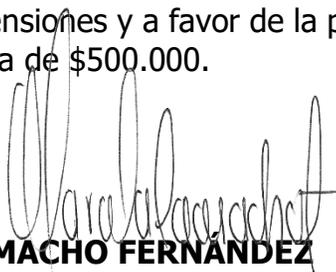


**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado  
(salvamento de voto parcial)

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

### **AUTO**

**COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$500.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

<b>Promedio Salarial Anual</b>							
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/06/85	26/06/85	26	77.790,00	2.593,00	\$ 67.418,00		
01/07/85	31/07/85	31	77.790,00	2.593,00	\$ 80.383,00		
01/08/85	31/08/85	31	77.790,00	2.593,00	\$ 80.383,00		
01/09/85	30/09/85	30	77.790,00	2.593,00	\$ 77.790,00		
01/10/85	31/10/85	31	77.790,00	2.593,00	\$ 80.383,00		
01/11/85	30/11/85	30	77.790,00	2.593,00	\$ 77.790,00		
01/12/85	31/12/85	31	77.790,00	2.593,00	\$ 80.383,00		
Total días		210			\$ 544.530,00	\$ 2.593,00	<b>\$ 77.790,00</b>
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	31/01/86	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/02/86	28/02/86	28	17.790,00	593,00	\$ 16.604,00		
01/03/86	31/03/86	31	17.790,00	593,00	\$ 18.383,00		
01/04/86	17/04/86	17	17.790,00	593,00	\$ 10.081,00		
Total días		107			\$ 63.451,00	\$ 593,00	<b>\$ 17.790,00</b>
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
31/07/91	31/07/91	1	54.630,00	1.821,00	\$ 1.821,00		
01/08/91	31/08/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/09/91	30/09/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/10/91	31/10/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
01/11/91	30/11/91	30	54.630,00	1.821,00	\$ 54.630,00		
01/12/91	31/12/91	31	54.630,00	1.821,00	\$ 56.451,00		
Total días		154			\$ 280.434,00	\$ 1.821,00	<b>\$ 54.630,00</b>
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	70.260,00	2.342,00	\$ 72.602,00		
01/02/92	29/02/92	29	61.950,00	2.065,00	\$ 59.885,00		
01/03/92	31/03/92	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/04/92	30/04/92	30	61.950,00	2.065,00	\$ 61.950,00		
01/05/92	31/05/92	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/06/92	30/06/92	30	61.950,00	2.065,00	\$ 61.950,00		
01/07/92	31/07/92	31	61.950,00	2.065,00	\$ 64.015,00		
01/08/92	31/08/92	0	61.950,00	2.065,00	\$ 0,00		
01/09/92	30/09/92	0	61.950,00	2.065,00	\$ 0,00		

<b>Promedio Salarial Anual</b>							
Total días	213				\$ 448.432,00	\$ 2.105,31	<b>\$ 63.159,44</b>
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
09/09/94	30/09/94	22	100.000,00	3.333,33	\$ 73.333,33		
01/10/94	31/10/94	31	100.000,00	3.333,33	\$ 103.333,33		
01/11/94	30/11/94	30	100.000,00	3.333,33	\$ 100.000,00		
01/12/94	31/12/94	31	100.000,00	3.333,33	\$ 103.333,33		
Total días	114				\$ 380.000,00	\$ 3.333,33	<b>\$ 100.000,00</b>
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	05/01/95	5	118.933,00	3.964,43	\$ 19.822,17		
01/02/95	28/02/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/03/95	31/03/95	30	118.933,00	3.964,43	\$ 118.933,00		
01/05/95	31/05/95	30	188.933,00	6.297,77	\$ 188.933,00		
01/06/95	30/06/95	30	188.933,00	6.297,77	\$ 188.933,00		
01/07/95	31/07/95	30	188.933,00	6.297,77	\$ 188.933,00		
01/08/95	31/08/95	30	188.933,00	6.297,77	\$ 188.933,00		
01/09/95	19/09/95	19	188.933,00	6.297,77	\$ 119.657,57		
01/10/95	19/10/95	19	188.933,00	6.297,77	\$ 119.657,57		
01/11/95	30/11/95	30	188.933,00	6.297,77	\$ 188.933,00		
01/12/95	31/12/95	30	188.933,00	6.297,77	\$ 188.933,00		
Total días	283				\$ 1.630.601,30	\$ 5.761,84	<b>\$ 172.855,26</b>
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/02/96	29/02/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/03/96	31/03/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/04/96	30/04/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/05/96	31/05/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/06/96	30/06/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/07/96	31/07/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/08/96	31/08/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/09/96	30/09/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/10/96	31/10/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/11/96	30/11/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/12/96	31/12/96	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
Total días	360				\$ 1.705.500,00	\$ 4.737,50	<b>\$ 142.125,00</b>
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual

Promedio Salarial Anual							
01/01/97	31/01/97	30	142.125,00	4.737,50	\$ 142.125,00		
01/02/97	28/02/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/03/97	31/03/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/04/97	30/04/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/05/97	31/05/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/06/97	30/06/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/07/97	31/07/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/08/97	31/08/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/09/97	30/09/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/10/97	31/10/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/11/97	30/11/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/12/97	31/12/97	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
Total días		360			\$ 2.034.180,00	\$ 5.650,50	<b>\$ 169.515,00</b>
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	172.005,00	5.733,50	\$ 172.005,00		
01/02/98	28/02/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/03/98	31/03/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/04/98	30/04/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/05/98	31/05/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/06/98	30/06/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/07/98	31/07/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/08/98	31/08/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/09/98	30/09/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/10/98	31/10/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/11/98	30/11/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/12/98	31/12/98	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
Total días		360			\$ 2.405.005,00	\$ 6.680,57	<b>\$ 200.417,08</b>
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	203.000,00	6.766,67	\$ 203.000,00		
01/02/99	28/02/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/03/99	31/03/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/04/99	30/04/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/05/99	31/05/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/06/99	30/06/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/07/99	31/07/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/08/99	31/08/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
01/09/99	30/09/99	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		

<b>Promedio Salarial Anual</b>							
<b>01/10/99</b>	<b>31/10/99</b>	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
<b>01/11/99</b>	<b>30/11/99</b>	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
<b>01/12/99</b>	<b>31/12/99</b>	30	236.500,00	7.883,33	\$ 236.500,00		
Total días		360			\$ 2.804.500,00	\$ 7.790,28	<b>\$ 233.708,33</b>
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
<b>01/01/00</b>	<b>31/01/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/03/00</b>	<b>31/03/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/04/00</b>	<b>30/04/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/06/00</b>	<b>30/06/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/07/00</b>	<b>31/07/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/08/00</b>	<b>31/08/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/11/00</b>	<b>30/11/00</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
Total días		210			\$ 1.820.742,00	\$ 8.670,20	<b>\$ 260.106,00</b>
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
<b>01/01/01</b>	<b>31/01/01</b>	30	260.106,00	8.670,20	\$ 260.106,00		
<b>01/04/01</b>	<b>27/04/01</b>	27	260.106,00	8.670,20	\$ 234.095,40		
<b>01/07/01</b>	<b>31/07/01</b>	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
<b>01/09/01</b>	<b>30/09/01</b>	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
<b>01/11/01</b>	<b>30/11/01</b>	30	286.000,00	9.533,33	\$ 286.000,00		
Total días		147			\$ 1.352.201,40	\$ 9.198,65	<b>\$ 275.959,47</b>
Año 2003							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
<b>01/04/03</b>	<b>16/04/03</b>	16	260.864,00	8.695,47	\$ 139.127,47		
<b>01/05/03</b>	<b>04/05/03</b>	4	120.834,00	4.027,80	\$ 16.111,20		
<b>14/05/03</b>	<b>31/05/03</b>	17	188.133,00	6.271,10	\$ 106.608,70		
<b>01/06/03</b>	<b>30/06/03</b>	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
<b>01/07/03</b>	<b>31/07/03</b>	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
<b>01/08/03</b>	<b>31/08/03</b>	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
<b>01/09/03</b>	<b>30/09/03</b>	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
<b>01/10/03</b>	<b>31/10/03</b>	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
<b>01/11/03</b>	<b>30/11/03</b>	30	378.687,00	12.622,90	\$ 378.687,00		
<b>01/12/03</b>	<b>31/12/03</b>	30	332.000,00	11.066,67	\$ 332.000,00		
Total días		247			\$ 2.632.534,37	\$ 10.658,03	<b>\$ 319.741,02</b>
Año 2004							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
<b>01/01/04</b>	<b>31/01/04</b>	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00		
<b>01/02/04</b>	<b>29/02/04</b>	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00		

Promedio Salarial Anual								
01/03/04	31/03/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/04/04	30/04/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/05/04	31/05/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/06/04	30/06/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/07/04	31/07/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/08/04	31/08/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/09/04	30/09/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/10/04	31/10/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/11/04	30/11/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
01/12/04	31/12/04	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,00			
Total días		360			\$ 4.296.000,00	\$ 11.933,33	<b>\$ 358.000,00</b>	
Año 2005								
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual	
01/01/05	31/01/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,00			
01/02/05	28/02/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,00			
01/03/05	31/03/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,00			
01/04/05	25/04/05	25	381.500,00	12.716,67	\$ 317.916,67			
Cálculo Toda La Vida Laboral								
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual	
1985	210	2,790	80,209	28,750	\$ 77.790,00	2.236.429,64	\$ 15.655.007,48	
1986	107	3,416	80,209	23,479	\$ 17.790,00	\$ 417.682,76	\$ 1.489.735,19	
1991	154	10,961	80,209	7,318	\$ 54.630,00	\$ 399.762,96	\$ 2.052.116,54	
1992	213	13,901	80,209	5,770	\$ 63.159,44	\$ 364.425,67	\$ 2.587.422,24	
1994	114	21,328	80,209	3,761	\$ 100.000,00	\$ 376.077,60	\$ 1.429.094,88	
1995	283	26,147	80,209	3,068	\$ 172.855,26	\$ 530.254,46	\$ 5.002.067,11	
1996	360	31,237	80,209	2,568	\$ 142.125,00	\$ 364.940,59	\$ 4.379.287,03	
1997	360	37,997	80,209	2,111	\$ 169.515,00	\$ 357.838,21	\$ 4.294.058,49	
1998	360	44,716	80,209	1,794	\$ 200.417,08	\$ 359.496,89	\$ 4.313.962,73	
1999	360	52,185	80,209	1,537	\$ 233.708,33	\$ 359.213,25	\$ 4.310.558,95	
2000	210	57,002	80,209	1,407	\$ 260.106,00	\$ 365.998,94	\$ 2.561.992,61	
2001	147	61,989	80,209	1,294	\$ 275.959,47	\$ 357.069,51	\$ 1.749.640,59	
2003	247	71,395	80,209	1,123	\$ 319.741,02	\$ 359.213,00	\$ 2.957.520,33	
2004	360	76,029	80,209	1,055	\$ 358.000,00	\$ 377.681,13	\$ 4.532.173,59	
2005	115	80,209	80,209	1,000	\$ 381.500,00	\$ 381.500,00	\$ 1.462.416,67	
<b>Total días</b>	<b>3600</b>	<b>Total devengado toda la vida laboral actualizado</b>				<b>2005</b>	<b>\$ 58.777.054,44</b>	
<b>Total semanas</b>	<b>514,29</b>	<b>Ingreso Base Liquidación</b>					<b>\$ 489.808,79</b>	
		<b>Porcentaje aplicado</b>					<b>75%</b>	
		<b>Primera mesada</b>					<b>\$ 367.356,59</b>	



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ANGÉLICA MARÍA CRUZ MALAVER Y OTRAS  
**Demandante:** JUAN CARLOS RIVEROS RIVERA Y OTRA  
**Demandados:** HIERRO EN POTENCIA P & P S.A.S.  
**Radicación:** 09-2013-00869-01 – ACUMULADO 20-2014-00468-01  
**Tema:** APELACIÓN SENTENCIA – CULPA PATRONAL – CONFIRMA Y ADICIONA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

Teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 77 y 314 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral conforme a lo consagrado en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala **NO ACEPTA LA SOLICITUD DE DESISTIMIENTO** presentada por el apoderado de **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, respecto del recurso de apelación que formuló, dado que no cuenta con la facultad expresa para desistir (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fol. 306)

## ANTECEDENTES RELEVANTES

### 1. Demanda.

**1.1.** Angélica María Cruz Malvar, quien actúa en nombre de sus menores hijos Diana Michell Tafur Cruz y Andreuw Tafur Cruz, y Guindry Suldary Salinas Acosta, quien actúa en nombre de su menor hija Jemmy Carolina Tafur Salinas, instauraron demanda ordinaria laboral contra Hierro en Potencia P&P Ltda, hoy Hierro en Potencia P&P S.A.S., con el propósito de que se declare que entre el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera y la encartada existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 19 de febrero al 28 de marzo de 2013, el cual se dio por terminado por muerte del trabajador a causa de un accidente laboral, siendo el empleador responsable civilmente por perjuicios materiales y morales causados. En consecuencia, solicitaron se dispusiera a su favor la suma de \$40.000.000 por concepto del daño emergente actual y futuro y \$350.000.000 por lucro cesante; así mismo, perjuicios morales, indexación, intereses, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron en síntesis que el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera se vinculó mediante contrato verbal de trabajo el 19 de febrero de 2013, para desempeñar el cargo de ingeniero residente, cumpliendo funciones de asistir en el proceso de estructuras de acero, recibiendo la suma de \$1.500.000, por concepto de salario. Refirieron que el vínculo laboral finalizó el 28 de marzo de 2013 por muerte del trabajador a causa de un accidente laboral. Narraron que el 27 de marzo, siendo las 10:00 p.m. el Sr. Tafur junto con sus compañeros de trabajo iniciaron labores de desmonte de cubierta de la plazoleta principal del Centro Comercial Andino, la cual se encontraba a una altura de 18 metros; encontrándose en el desmonte de la tercera cercha, se aseguró con una malina a cada extremo, pero, al hallarse a una altura aproximada de 12 de metros, la manila se deslizó. Señalaron que el señor Edwin Ernesto Tafur, quien se encontraba dirigiendo la maniobra, asiste al señor Daniel Eduardo Quiroga y *“le da instrucciones a este para que meta una pierna dentro de la cercha para evitar que la manila lo arrastre y se ubica al borde la placa y de espaldas al vacío, con la mano izquierda sujeta la manila que bien de la cercha en descenso y con la mano derecha toma el sobrante de la manila.”*

Relataron que el señor Edwin Ernesto Tafur y Daniel Eduardo Quiroga al tratar de girar la manila con el fin de asegurar la cercha, esta se descuelga y golpea al señor Quiroga y lanza al vacío al otro trabajador, causándole la muerte. Explicaron que el empleador no proporcionó el equipo necesario para realizar la actividad, como una grúa, torre grúa, diferenciales, motores eléctricos, cables de seguridad en acero y demás equipos necesarios para el desmonte de una cubierta con peso de aproximadamente 15 toneladas.

Indicaron que existe una responsabilidad patronal, tal como lo acepta en misiva enviada a la ARL Seguros Bolívar, donde se aduce que la muerte del trabajador sobrevino de la labor que este desarrollaba para la empresa, además, por cuanto a que el accidente se dio por culpa del empleador, ante la inexistencia de medidas de seguridad, falta de capacitación y de dotación de elementos de protección personal para el trabajo en alturas. Agregaron que Edwin Ernesto Tafur, respondía por sus tres hijos menores de edad, quien contaba con 40 años y con la profesión de ingeniero, aunado a que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, calificó el accidente como de origen laboral. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1., fols. 86 a 95).

**1.2. Juan Carlos Riveros Rivera y Martha Trinidad Rivera Melo.** Por su parte los señores Juan Carlos Riveros Rivera y Martha Trinidad Rivera Melo, presentaron demanda ordinaria en contra de Hierro en Potencia P&P S.A.S. y solidariamente a Total LTDA y Centro Comercial y de Negocios Andino, con el fin de que se declare que entre el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera y la primera de las accionadas existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el 19 de febrero al 28 de marzo de 2013 y que existió culpa exclusiva del empleador en el accidente de trabajo que ocasionó la muerte del señor Edwin Ernesto Tafur, por no haber cumplido con las normas de seguridad y salud en el trabajo y no haber tomado las medidas necesarias para evitar o mitigar el riesgo de caída en alturas.

En consecuencia, pidieron que se condene a Hierro en Potencia P & P S.A.S. y solidariamente a Total LTDA y Centro Comercial y de Negocios Andino, al pago de salarios insolutos, auxilio de cesantía e intereses, vacaciones, prima de servicios, indemnización moratoria, daños extrapatrimoniales por daño moral y psicológico, daño patrimonial representado en el lucro cesante, intereses moratorios, indexación, intereses bancarios corrientes, lo que resulte de las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Fundamentaron sus pedimentos en el sentido indicar que Edwin Ernesto Tafur Rivera nació el 3 de mayo de 1972, quien murió el 28 de marzo de 2013, siendo Juan Carlos

Riveros Rivera el hermano y Martha Trinidad Rivera Melo su progenitora. Expusieron que aquel pactó de manera verbal un contrato de trabajo el 18 de febrero de 2013, para ocupar el cargo de supervisor de obras de construcción, devengando la suma de \$1.500.000, vinculación que finalizó a causa de la muerte del trabajador.

Indicaron que Edwin Ernesto Tafur Rivera recibió orden de su empleador para llevar a cabo la obra del desmonte de la cubierta metálica del Centro Comercial y de Negocios Andino; que el 28 de marzo de 2013, el fallecido se dirigió al citado centro comercial con el fin de supervisar la obra y en cumplimiento de las órdenes impartidas, cayó de una altura aproximada de 12 metros, lo que le produjo la muerte. Refirieron que aquel no contaba con los elementos de protección requeridos al momento del infortunio, tampoco se encontraba capacitado acerca de las medidas preventivas ni los elementos que debía utilizar al momento de la realización de sus labores.

Agregaron que la labor que desarrolló es considerada de alto riesgo por tratarse del sector construcción, sin embargo, el empleador no previó el inminente riesgo al que estaba expuesto el trabajador, tampoco llevó a cabo el cumplimiento de ambiente de higiene y seguridad en el centro de trabajo, además, omitió implementar medidas de seguridad, capacitación y suministró al trabajador la línea de vida, eslinga y arnés, y en general normas de trabajo seguro en alturas. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.2, fols. 601 a 625).

## **2. Contestación de la demanda.**

**2.1. Hierro en Potencia P&P S.A.S.** Al momento de descorrer el término de traslado indicó respecto a las pretensiones de la demanda de Angélica María Cruz Malvar quien actúa en nombre de sus menores hijos Diana Michell Tafur Cruz y Andreuw Tafur Cruz, y Guindry Suldary Salinas Acosta, quien actúa en nombre de su menor hija Jemmy Carolina Tafur Salinas, que se oponía a las mismas, arguyendo que si bien es cierto se presentó el siniestro, el mismo fue ajeno al querer de la sociedad y los efectos del mismo se convirtieron en una desgracia por el propio actuar de la víctima, quien omitió normas de seguridad industrial y funciones de su contrato laboral. Expuso que no se encuentran probados los 3 elementos generadores de la responsabilidad civil, para que prospere la pretensión indemnizatoria, ya que la culpa fue directamente del trabajador, dado a su propia negligencia al extralimitarse en sus funciones y no usar los implementos de seguridad industrial que debían tener los operarios, para los protegiera de caídas.

Frente a las situaciones fácticas expuestas en el libelo introductor, adujo que el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera, prestó sus servicios laborales a favor de la sociedad, en el cargo de ingeniero residente con tarjeta de profesional de ingeniero mecánico, que acredita su capacidad en la toma de decisiones idóneas en el manejo de cargas y dirección de personal, desde el 19 de febrero al 28 de marzo de 2014. Refirió que sus funciones eran netamente administrativas, más no operativas, las cuales están debidamente estipuladas en el manual de funciones. Expuso que sus labores en el centro comercial Andino, eran de residente de obra, es decir, jefe en el sitio de trabajo, quien tenía a su cargo una cuadrilla de operarios expertos en la labor de desmonte de la cubierta de la plazoleta principal, por lo que todo el personal dependía de él, de tal manera que el accidente mortal se debió a una extralimitación de funciones, a la realización de actividades ajenas a las funciones que debía realizar y la falta de autocuidado.

Agregó que se le entregaron al ingeniero residente diferenciales y polipastos (motores eléctricos), poleas guayas, líneas de vida y demás elementos necesarios, toda vez que no se podían ingresar equipos mecánicos como grúas y torres grúas al sitio de la obra, por no existir acceso para esas máquinas, tampoco eran necesarias, ya que ninguna de las piezas a descender pesaba más de 150 kg. Propuso como excepciones de fondo las que

denominó falta de consonancia entre los hechos y las pretensiones de la demanda, excesiva apreciación y valoración del daño, culpa exclusiva de la víctima, reducción del daño por la imprudencia de la víctima, ausencia probatoria del daño sufrido, buena fe, concurrencia de culpas, cosa juzgada y genérica. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 251 a 268).

**2.2. Total Ltda.** En auto adiado 29 de enero de 2014, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá dispuso su vinculación en calidad de litisconsorte necesario por pasiva y en su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de las dos demandas arguyendo que desconoce si el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera celebró un contrato de trabajo con la Hierro en Potencia P&P S.A.S., así mismo los extremos y la causa de terminación indicados por la parte actora. Atinente a los hechos de la demanda afirma no constarle ninguno de ellos y en su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de solidaridad y culpa exclusiva de la víctima. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 396 a 403).

**2.3. Hierro en Potencia P & P S.A.S.** En respuesta a la demanda formulada por Juan Carlos Riveros Rivera y Martha Trinidad Rivera Melo, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de esta, con base en los mismos argumentos que esgrimió en la contestación dada al libelo introductor de Angélica María Cruz Malvar quien actúa en nombre de sus menores hijos Diana Michell Tafur Cruz y Andreuw Tafur Cruz, y Guindry Suldary Salinas Acosta, quien actúa en nombre de su menor hija Jemmy Carolina Tafur Salinas, pero agregó que canceló todos los derechos laborales, salarios, prestaciones sociales, aportes parafiscales y al sistema de seguridad social, razón por la cual a raíz del siniestro, las prestaciones sociales de Edwin Ernesto Tafur Rivera las recibieron sus hijos menores, así como la pensión de sobrevivientes por parte de la ARL.

Frente a los supuestos de hecho agregó que cuenta con el sistema de seguridad y salud en el trabajo e implementó las medidas de seguridad para la obra del Centro Comercial Andino, además, capacitó al trabajador. Expuso que, si bien el trabajador no se le entregó eslinga y arnés, dentro de su dotación personal, ya que no era necesaria para la labor que se contrató, también lo es que disponía de arneses, eslingas y demás elementos de protección contra caídas que se encontraban en el almacén de la obra. Explicó que la sociedad tiene implementado medidas de protección individual y colectiva para detener la caída de personas, como instructivos de emergencia de una actividad, y matriz de identificación de riesgos y peligros, así mismo, se encontraban medidas de protección pasivas en la obra que eran barreras provisionales en el borde del piso 4, barreras que fueron movidas aparentemente por orden del ingeniero.

Formuló la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios tanto por activa como por pasiva, habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde, cosa juzgada, pleito pendiente, ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones y no haber ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar. Atinente a las excepciones de fondo formuló las mismas que atrás se hicieron alusión. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.2, fols. 632 a 653; Proceso ordinario 20-2014-00468-01, Cuad.2, fols. 956 a 964).

**2.4. Centro Comercial y de Negocios Andino.** Al dar respuesta tanto a la demanda principal como a la reforma de esta propuesta por los señores Juan Carlos Riveros Rivera y Martha Trinidad Rivera Melo, se opuso a los pedimentos expuestos, aduciendo que no sostuvo relación laboral ni de ninguna otra naturaleza con el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera. Precisó que el 18 de noviembre de 2011 celebró contrato civil de obra con la empresa Total LTDA, para la ampliación del centro comercial, sin embargo, adujo que no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 34 del C.S.T., para que se configure

una eventual responsabilidad solidaria en materia laboral respecto de Hierro en Potencia P&P S.A.S., dado que la actividad contratada no hace parte del giro ordinario de los negocios, pero en todo caso la solidaridad allí contemplada opera exclusivamente respecto de salarios, prestaciones e indemnizaciones que eventualmente puedan corresponder a terceros.

Formuló la excepción previa denominada no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios y como de mérito las de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, buena fe, inexistencia de la responsabilidad solidaria y genérica. (Proceso ordinario 20-2014-00468-01, Cuad.1, fols. 78 a 113).

### **3. Contestación demanda y llamamiento en garantía**

**3.1. Compañía de Seguros Bolívar S.A.** En escrito aparte se opuso a las pretensiones del escrito introductor formuladas por Angélica María Cruz Malvar quien actúa en nombre de sus menores hijos Diana Michell Tafur Cruz y Andreuw Tafur Cruz, y Guindry Suldary Salinas Acosta, quien actúa en nombre de su menor hija Jemmy Carolina Tafur Salinas, indicando que reconoció y canceló a las demandantes la pensión de sobrevivientes a la cual tienen derecho por la muerte de Edwin Ernesto Tafur Rivera, como consecuencia del accidente de trabajo. En su defensa formuló la excepción previa la de falta de legitimación en la causa por pasiva y como de fondo las que denominó compensación, nulidad relativa y genérica.

Respecto del llamamiento en garantía se opuso al mismo aduciendo que los demandantes pretenden la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal y no el pago de las pretensiones derivadas del contrato de seguro de riesgos profesionales y, por tanto, el llamado carece de fundamento jurídico y fáctico. Formuló las excepciones de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, compensación, nulidad relativa y genérica. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 326 a 338, 354 a 361 y 377 a 386).

**3.2. Compañía de Seguros Bolívar S.A.** En escrito aparte se opuso a las pretensiones de la demanda incoada por Juan Carlos Riveros Rivera y Martha Trinidad Rivera Melo, a excepción con las relacionadas a la declaratoria de existencia de la relación laboral entre Edwin Ernesto Tafur Rivera y Hierro en Potencia P&P S.A.S., salarios y extremos temporales de la relación. Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1.1. a 1.3., 1.14, 1.19., 1.31., 1.32., 1.34, 1.37., 1.60., 1.77., y en los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó culpa exclusiva de la víctima, concurrencia de culpas y pago de las obligaciones a cargo de Seguros Bolívar. (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.2, fols. 654 a 682).

Ateniente al llamamiento en garantía formulado por Hierro en Potencia P & P S.A.S. expuso que no es responsable del pago de las indemnizaciones provenientes de culpa o responsabilidad patronal, dado que las prestaciones a su cargo están expresamente señaladas en la legislación de seguridad social. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, cumplimiento de las obligaciones legales por parte de la Compañía de Seguros Bolívar S.A. como administradora de riesgos laborales, falta de legitimación en la causa por activa del demandante Juan Carlos Rivero, inexactitud en la estructuración de los perjuicios, prescripción y genérica. (Proceso ordinario 20-2014-00468-01, Cuad.2, fols. 1008 a 1038).

**3.3. Liberty Seguros S.A.** En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor formulado por Juan Carlos Riveros Rivera y Martha Trinidad Rivera Melo. Respecto del llamado en garantía que se le hizo sostuvo que la póliza que se pretende

afectar no opera como pretende el Centro Comercial y de Negocios Andino, ni ampara las condenas que se pretenden. Como medios exceptivos propuso inexistencia de la obligación contractual de reembolsar o pagar sumas de dinero por carencia de cobertura frente al amparo de responsabilidad civil extracontractual, necesidad que la responsabilidad contractual se encuentre cubierta por el contrato de seguros, solo se cubren los perjuicios estipulados en el contrato de seguro, falta de solidaridad en el coaseguro, inexistencia de la obligación de indemnizar por expresa exclusión contenida en las condiciones generales de la póliza, deducible pactado e innominada. (Proceso ordinario 20-2014-00468-01, Cuad.1, fols. 236 a 249).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 5 de marzo del 2021, en la que la falladora declaró que entre Edwin Ernesto Tafur Rivera y Hierro en Potencia P&P Ltda existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 19 de febrero de 2013 y finalizó el 28 de marzo del mismo año, en que se desempeñó como ingeniero residente y devengó la suma de \$1.500.000. Así las cosas, condenó a la empleadora a cancelar los siguientes valores:

- A favor de **Diana Michell Tafur Cruz**, la suma de \$70.230.095, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro; y \$25.000.000 por perjuicios morales, sumas que debían ser indexadas al momento del pago.
- A favor de **Andrew Mauricio Tafur Cruz**, la suma de \$78.553.611, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro; y \$25.000.000 por perjuicios morales, sumas que debían ser indexadas al momento del pago.
- A favor de **Jehimmy Carolina Tafur Salinas**, la suma de \$93.343.052, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro; y \$25.000.000 por perjuicios morales, sumas que debían ser indexadas al momento del pago.

Así mismo, gravó en costas a Hierro en Potencia P & P Ltda.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, en primer término, indicó que no existía discusión en cuanto los presupuestos del nexo laboral, extremos, salario y cargo, ya que los mismos fueron aceptados por la demandada Hierro en Potencia P & P S.A.S. De tal manera que centró el problema jurídico a dilucidar si existió culpa suficientemente comprobada del empleador y por ende si hay lugar al pago de la indemnización plena de perjuicios en las modalidades del daño solicitadas.

Tras citar los artículos 216 y 57 del CST, el Convenio 167 y la recomendación 175 de la OIT aprobadas por la Ley 52 de 1993, así como la sentencia SL13653 de 2015, del análisis del recaudo probatorio, la falladora de primera instancia expuso que Edwin Ernesto Tafur Rivera falleció el 28 de marzo de 2013 a consecuencia de un accidente que fue calificado de origen laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen número 79139533, mismo en el que se tuvo en cuenta el informe rendido por Germán Muñoz Flores, coordinador del equipo de investigación de accidentes de Seguros Bolívar.

Luego de aludir la ampliación de la investigación que se hizo al siniestro ocurrido, sostuvo en lo relativo al incumplimiento imputado al empleador, esto es, la falta de capacitación adecuada acerca de las medidas preventivas y elementos que debía utilizar al momento de la realización de sus labores, que es una obligación que se encuentra contenida en la Resolución núm. 1409 de 2012, según sus numerales 8 del artículo 2º y 8º y 9º del artículo 3º. Indicó que la demandada aportó un certificado expedido por el Sena donde evidenciaba que el trabajador participó en la acción de formación trabajo en alturas con

duración de 40 horas que finalizó el 7 de febrero de 2013, que cumple con los estándares en la citada norma, pues atiende a los requisitos del nivel avanzado determinado por la Resolución 1409 de 2012. Además, observó que, con el acta de comité laboral del 14 de marzo de 2013, que la encartada desarrolló actividad de capacitación a sus trabajadores previo al inicio de la obra, actividad que fue liderada por Pedro Alfonso Vargas Alba.

No obstante, consideró que la obligación del empleador sobre la capacitación del trabajador no se agota allí ni se exculpa con la afirmación realizada en la contestación acerca de que era una persona idónea y capacitada en la toma de decisiones, en el manejo de cargas, palancas, poleas, en la dirección del personal y supervisión de las tareas encomendadas, debido a que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“ en la averiguación de la culpa es necesario verificar que el empleador no sólo capacitó al trabajador sobre las actividades realizadas sino que ejerció de manera efectiva los controles para evitar el riesgo. Asimismo, si brindó las herramientas adecuadas y de calidad del trabajador para controlarlo y exigió el acatamiento correspondiente a las normas de seguridad respecto de la tarea de alto riesgo”*

Expuso que el trabajo en alturas es una actividad de alto riesgo que impone el acatamiento de los deberes específicos en la Resolución 1409 de 2012, por ello la responsabilidad de capacitación no se agota con las actividades efectuadas por la demanda, pues adicionalmente la citada norma impone al empleador la obligación de disponer de un coordinador de trabajo en alturas capaz de identificar peligros en el sitio en donde se realizan trabajos en altura relacionados con el ambiente, condiciones de trabajo y que tiene su autorización para aplicar medidas correctivas inmediatas para controlar los riesgos asociados a dichas labores.

Indicó que dentro del plenario no se encontraba demostrado la debida diligencia y cuidado en sus obligaciones de protección y capacitación de sus trabajadores, ya que el empleador no dispuso un coordinador de trabajo en alturas capaz de identificar los peligros y aplicar los correctivos necesarios, puesto que tampoco acreditó que Pedro Alfonso Vargas Alba, persona que impartió la capacitación por parte de la demandada previo al inicio de la obra cumpliera con los estándares de capacitación para el nivel de coordinador de trabajo en alturas, esto es, un mínimo de 80 horas de intensidad sobre los temas establecidos en el numeral segundo del artículo 11 de la Resolución 1409 de 2012.

Refirió que en el árbol de causalidad establecido por la investigación adelantada por Hierro en Potencia P & P S.A.S., se pudo identificar que al trabajador no se le suministró arnés ni eslinga, situación que no podía justificarse por el hecho de que las funciones se centraban en la coordinación del trabajo en alturas, en tanto que tales elementos se requerían para la ejecución de sus labores; riesgo que debía ser previsto por la demandada, de manera que dicho descuido va más allá de la falta de diligencia y cuidado que se emplea ordinariamente en los negocios propios pudiendo ser considerado negligente. Reiteró que, si sus funciones correspondían a la coordinación del trabajo en alturas y revisión e inspección de los productos y montajes, sus labores serían desarrolladas en alturas, para lo cual debió suministrar los elementos básicos de protección como son arnés y eslinga.

Último en que, aunque pudo existir un comportamiento culposo también por parte de Edwin Ernesto Tafur Rivera, al extralimitarse en el ejercicio de sus funciones de manera imprudente, lo cierto es que la compensación de culpas no se admite en materia laboral (SL 5463 de 2015).

## 5. Impugnación y límites del ad quem.

**5.1. Hierro en Potencia P & P S.A.S.** En sustento de su recurso indicó que la A quo no tuvo en cuenta la culpa exclusiva de la víctima, ya que dentro de las consideraciones omitió que la ARL, el Ministerio de Trabajo y la investigación de Nair Moreno, concluyeron que Edwin Ernesto Tafur Rivera actuó con extralimitación de las funciones en la realización de actividades ajenas a las funciones que debía realizar y su falta de cuidado.

Refirió que fue contratado para un cargo administrativo, y como ingeniero residente no estaba autorizado para manipular manilas y realizar maniobras de tipo operativo, ya que para esta actividad se le había asignado a personal calificado, trabajadores que se encontraban bajo su subordinación. Indicó que no hubo personal insuficiente ni omitió los requisitos exigidos por la Resolución núm. 1409 del 2012, ya que *"si bien como lo sugirió el señor perito la empresa apoyaba de manera responsable e idónea al ingeniero Edwin Ernesto Tafur Rivera dentro del organigrama tanto hacia arriba como también descendente, de un lado el señor Pedro Alfonso Vargas, el ingeniero Germán Hernández que eran ingeniero debidamente certificado como maestro en estructuras de la Escuela de Ingeniería y el ingeniero Jhony Duarte como jefe inmediato del difunto Edwin Ernesto Tafur Rivera, ellos le daban apoyo para que éste tomara las decisiones siendo un siendo personal administrativo, para que éste tomara las decisiones y él era apoyado por sus subalternos."*

Expuso que el ingeniero Tafur Rivera era un profesional ingeniero mecánico, por tanto, tenía la experticia suficiente y la máxima autoridad en el sitio del accidente para tomar medidas para proteger a su personal a cargo y su propia integridad, de manera que, aunque debió asistir a la obra, esto no le significaba involucrarse con la parte operativa, de ahí que fue negligente y por ende confluó en el resultado del accidente. Precisó que la compañía le brindó todos los elementos suficientes para desarrollar la actividad en el Centro Comercial Andino, además, tenía todas las herramientas necesarias y suficientes para evitar el infortunio.

Agregó que en el expediente se encuentra prueba de que la sociedad enjuiciada le dio instrucciones suficientes para atender, enseñar, guiar y coordinar el trabajo en alturas, afiliándolo a un riesgo de quinta categoría y en esa medida *"no se entiende porque el ingeniero, siendo el coordinador, siendo quien dirigía, se subió a un lugar que no le correspondía a exponer colocarse en peligro."* Indicó que hubo culpa compartida *"con base en la negligencia que tuvo el señor ingeniero que ocasionó su propio su propio accidente. Sabemos que el daño sufrió debe ser demostrado, pero como no fue demostrado no aceptamos las condenas del lucro cesante y del daño emergente"*. Sobre este último aspecto señaló que actuó de buena fe, debido a que el daño emergente y lucro cesante futuro que se está condenado ya se está recibiendo por intermedio de la pensión de sobrevivientes, de tal manera que es equivocado condenar a los citados ítems.

Aseveró que la Resolución 1409 de 2012 le concedió un tiempo de 2 años, para cumplir con las exigencias de trabajo en alturas, de manera que, si bien estaba implementado al momento del accidente de trabajo, al 2013 no se había cumplido con el término señalado en la citada disposición *"para completar los procesos de capacitación a los que los trabajadores según el nivel le correspondían u obtener las certificaciones de competencias laborales, entonces, también rechazamos las 80 horas en la cual tuvo como consideración la señora juez que se requerían de parte del ingeniero para ser un coordinador de la obra. Creemos que ese requisito se cumplió tomando en cuenta lo que lo que acabo de manifestar."* (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.2, Cd. a fol. 995).

**5.2. Compañía de Seguros Bolívar S.A.** Presentó recurso de apelación únicamente en lo que respecta a la absolución de las costas que debían ordenarse a Hierro en Potencia P & P S.A.S., en tanto considera que se han causado ya que el proceso *"comenzó hace*

*varios años, que ha tenido varias audiencias que claramente ha tenido un trabajo profesional por parte de la ARL Seguros Bolívar que ha debido hacerlo por un llamamiento en garantía infundado"*  
(Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.2, Cd. a fol. 995).

## 6. Alegatos de conclusión

**6.1. Hierro en Potencia P & P S.A.S.** Alegó en su favor aduciendo que la A quo declaró equivocadamente la culpa suficiente del empleador, sin tomar en cuenta, estudio y valoración realizada por la ARL, donde concluye que el fallecimiento del ingeniero se debió a una extralimitación de funciones y a la realización de actividades ajenas a las funciones para las que había sido contratado. Refirió que veló por la protección de todos sus empleados que hacían parte de la remodelación del centro comercial Andino, para la fecha fatal del accidente, además, llevó a cabo las capacitaciones, contaban con los elementos de trabajo que debían utilizar y la persona designada para coordinar el trabajo en alturas, quien en la obra era el mismo fallecido.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la enjuiciada y llamada en garantía se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿A la empresa demandada le asiste responsabilidad a título de culpa patronal en el accidente de trabajo que trajo consigo la muerte del trabajador Edwin Ernesto Tafur Rivera o por el contrario demostró que actuó con diligencia, cuidado y responsabilidad y, por tanto, el infortunio ocurrido fue por culpa exclusiva del trabajador, al no tomar las medidas tendientes a evitar el siniestro?
- ✓ ¿Hay lugar a imponer costas procesales en contra de Hierro en Potencia P&P Ltda y a favor de la Compañía de Seguros Bolívar S.A.?

### Responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo

Con el propósito de desatar el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral que se suscitó entre Edwin Ernesto Tafur Rivera y Hierro en Potencia P&P Ltda, desde el 19 de febrero al 28 de marzo del 2013, tiempo en el cual el trabajador desempeñó el cargo de ingeniero residente, devengando un salario básico de \$1.500.000. Tampoco que estando en sus labores, el citado trabajador sufrió un accidente calificado como de origen laboral por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen número 79139533, que derivó en su fallecimiento el 28 de marzo de 2013.

Dicho lo anterior, es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además,

de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización y, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: (i) la ocurrencia del siniestro o daño; (ii) la culpa del empleador y (iii) el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL 1679 – 2019).

En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL13653-2015, sostuvo que esta carga probatoria se invierte al empleador cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo:

*« (...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».*

De manera que, conforme al señalado criterio jurisprudencial, en principio la parte actora tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 de la norma adjetiva laboral, no obstante, cuando el trabajador o los afectados con el siniestro imputan al empleador el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, la carga de la prueba queda en cabeza del empleador, quien puede liberarse de la culpa que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al artículo 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

Descendiendo al caso, refiere el dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá – Cundinamarca núm. 79139533 adosado a fol. 125 del Cuad. 1, que el siniestro ocurrió, según la descripción del accidente realizado por el Coordinador Equipo de Investigación de Accidente de la ARL llamada en garantía, debido a que "El señor EDWIN TAFUR, ingeniero residente de la empresa Hierro en Potencia y quien se encuentra asignado al proyecto para el desmonte de la cubierta metálica del Comercial Andino, sufre un accidente, cuando al encontrarse supervisando la ejecución de la tarea, se ofrece para prestar colaboración en la sujeción de uno de los extremos de una manila utilizada en el descenso de parte de la estructura y que se estaba desenrollando del punto de sujeción. De repente esta se descuelga con la carga, evento que ocasiona que el trabajador sea halado, cayendo al vacío de una altura aproximada de 12 metros, sobre estructura de un parasol y rebotando contra la superficie de mármol de un punto de información ubicado en la plazoleta central, golpeándose la cabeza cuello y tronco, lesiones que le generaron la muerte de manera instantánea", aspecto que es corroborado con el informe investigación de accidente mortal realizado por la

enjuiciada y elaborado por la señora Nair Esmeralda Moreno Murte (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 137 a 147).

Como se observa de esa descripción, el señor Edwin Ernesto Tafur Rivera al ejecutar el desmonte de la cubierta metálica situada en el Centro Comercial Andino, parte de su estructura se descuelga, lanzándolo al vacío de una altura aproximada de 12 metros, hecho infortunado que derivó en su muerte.

Así, desde el libelo genitor, las demandantes le enrostran al dador del laborío responsabilidad en el citado siniestro dadas las omisiones y deficiencias en la prevención y ocurrencia de los riesgos asociados a la actividad en la que intervino el trabajador, esencialmente, la falta de protección y seguridad, controlar y supervisar la labor encomendada, falta de capacitación sobre los riesgos, no adopción de medidas de protección, falta de suministro de elementos de trabajo acordes a la actividad desplegada y capacitación sobre la labor encomendada.

Como se vio, la parte activa pretende imputar al empleador el incumplimiento a los deberes de protección y seguridad y, por ende, según la excepción a la regla general sobre la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, corresponde, entonces, a la enjuiciada demostrar diligencia y precaución tendiente a procurar la salud e integridad del trabajador o que las afectaciones alegadas *"no guardan relación de causalidad con la conducta, activa o pasiva, que se le endilga, bien sea porque se interpone la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor."* (SL4172-2021)

Bajo ese contexto, la demandada para liberarse de la responsabilidad que le atribuye el actor, en su defensa argumenta que el incidente se generó por culpa exclusiva de aquél, debido a que realizó una actividad para la que no fue contratado, en tanto que su labor se dirigía únicamente al cumplimiento de funciones administrativas y control de personal, más no operarias. Agregó que el trabajador fallecido tenía la experiencia laboral y académica requerida para ocupar el cargo encomendado, además, que lo capacitó y aunque no debía suministrar elementos de protección para trabajo en alturas, tenía a su alcance los elementos de protección para ese efecto. Finalmente, adujo que tiene implementados medidas de protección individual y colectiva, instructivos de emergencia y matriz de identificación de riesgos y peligros.

Para probar lo dicho, adosó al plenario Formato de Inducción y Test de Personal suscrita por el trabajador (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fol. 110); Manual de Funciones y Deberes del cargo Ingeniero Residente de obra – Ingeniero de Producción; (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 112 a 114); hoja de vida del trabajador (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 131 a 136); investigación de accidente mortal elaborado (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 137 a 149); declaraciones de trabajadores respecto al accidente de trabajo (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 111, 150 a 153); Acta Reunión Copaso del 1 de abril de 2013 (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 154 a 161); matriz de riesgos actividad montaje y mantenimiento de estructuras (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fol. 162); informe de accidente de trabajo del empleador o contratante No. 284570 (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 167 y 168); Acta de Comité del 14 de marzo de 2013 (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 169 a 171); procedimiento de ingreso a la obra del Centro Comercial Andino (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 180); relación entrega dotación a personal (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fol. 181); certificado de participación en la acción de formación en trabajo en alturas del trabajador, con duración de 40 horas, expedido por el SENA; análisis de riesgos tarea segura (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 121); programa de protección contra caídas (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 190 y 191); permiso de trabajo en alturas

de Total Ltda a PyP del 26 de marzo de 2013 (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 192 a 200); Ficha Técnica Sogas (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fol. 201); acta de inspección a cadáver No. 110016000028201300931 (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 208 a 210); listado de chequeo de herramientas y equipos y salida de herramientas (Proceso ordinario 09-2013-00869-01, Cuad.1, fols. 234 a 245);

De otro lado, se escuchó en interrogatorio de parte al señor Pedro Alfonso Vargas, representante legal de Hierros en Potencia P&P S.A.S., quien expuso que el señor Alberto Guerrero no le pidió ayuda al señor Edwin Ernesto Tafur Rivera para realizar la tarea de desmonte, ya que el señor Daniel Eduardo Quiroga Herrera, era quien estaba manipulando el descenso de la cercha de manera controlada, trabajador capacitado en alturas. Sin embargo, expuso que el trabajador fallecido fue la persona que finalmente asistió al señor Quiroga Herrera, en la cercha.

Manifestó que el ingeniero residente tenía como funciones asistir en el proceso de la estructura, además, que hubo planeación estricta de la actividad y le fueron entregados elementos de protección contra caídas como son las cuerdas de seguridad, polipastos, diferenciales, cuerdas, eslingas y puntos de anclaje, así como capacitación. Indicó que, si bien en la actividad no se incluyó personal encargado de supervisar y vigilar la seguridad en el trabajo, también lo es que ello lo fue dado a que era una obra pequeña, en la que se encontraba el trabajador fallecido con experiencia en manejo de cargas y con curso en trabajo de alturas, quien se encargaba de la seguridad de los trabajadores, más no de la parte operativa.

Así entonces de un análisis integral y objetivo de los medios de prueba reseñados con anterioridad, se debe señalar que, si bien el dador de laborío resalta la adopción de procedimientos seguros, de protección y cuidado, entrega de elementos de protección personal, capacitación de personal, entre otras cosas, es evidente que no tomó todas las medidas necesarias tendientes a evitar las situaciones de riesgo ocupacionales en la actividad desplegada por el actor, aspecto que incidió finalmente en la ocurrencia del accidente de trabajo el 28 de marzo de 2013 y que le condujo a su muerte.

Ello es así, por cuanto a que, como lo esbozó la A quo, en efecto al interior del Centro Comercial Andino, lugar a donde fue enviado el demandante por parte de su empleador, se desarrollaron trabajos en alturas y de obra, en la que era imperativo el acatamiento irrestricto del instructivo para trabajo en alturas, tales como las contempladas en el Convenio 167 y Recomendación 175 sobre seguridad social y salud en la construcción, adoptados a través de la Ley 52 de 1993, que incorporaron como factor de responsabilidad la necesidad del control efectivo del empleador, en punto a los métodos y a la utilización de las herramientas brindadas. Y en materia nacional, entre otras, en la Resolución 2400 de 1979, según la cual exige en cabeza del empleador (i) obligaciones especiales de capacitación, (ii) reglamentación en medicina, higiene y seguridad industrial, (iii) acatamiento en el cumplimiento de las obligaciones de salud ocupacional por parte de los trabajadores, (iv) aplicación y mantenimiento en forma eficiente de los sistemas de control necesarios para protección de los trabajadores, contra los riesgos profesionales y condiciones originados en las operaciones y procesos de trabajo, (v) instrucción adecuada a los trabajadores antes de que inicie la operación, sobre riesgos y peligros que puedan afectarles, sobre la forma, métodos y sistemas que deban observarse para prevenirlos o evitarlos. y en tratándose de trabajo en alturas, (vi) medidas para disminuir la altura de caída libres (vii) y el uso obligatorio de elementos de protección personal, como cinturones y arneses de seguridad, con sus correspondientes cuerdas o cables de suspensión (artículo 188).

La Resolución 2413 de 1973, por la cual se dictó el Reglamento de Higiene y Seguridad para la Industria de la Construcción, misma que exigió a los empleadores personal dedicado a la inspección y vigilancia de la seguridad de las obras, de tal manera que, por medio de ellos, se requiera el cumplimiento estricto de las instrucciones sobre manejo de herramientas y otras medidas preventivas que deberán observar los trabajadores de la obra.

Aspectos que sin duda no se cumplieron por la demandada, pues ha de resaltarse que al ser el trabajo realizado en alturas, era a la parte demandada la quien le correspondía demostrar que cumplió con las obligaciones de cuidado y protección anotadas, y de ser menester, allegar medio de convicción tendiente a probar que interrumpió la actividad laboral ante el incumplimiento de tal preceptiva y que pese a ello el trabajador continuó realizando la labor, única forma válida de acreditar que actuó con la debida diligencia y precaución a la hora de resguardar la integridad del trabajador, lo cual no quedó acreditado en el legajo en el que por el contrario, la Sala entrevé la existencia de la culpa patronal.

Bajo ese contexto, si bien la sociedad demandada adujo que con base en el informe de investigación elaborado por la señora Nair Esmeralda Moreno Murte, que se determinó que el trabajador fallecido se extralimitó en sus funciones al intervenir en actividades operativas, lo cierto es que, del manual de funciones no se avizora como correcta esta intelección toda vez que al trabajador le competía **asistir el proceso de estructuras en acero, sin limitación alguna, pues ninguna restricción se desprende del referido manual, pero en todo caso**, con el mismo informativo de investigación se trasluce la falta de diligencia, cuidado y supervisión efectiva por parte de la empresa donde ejercía la labor el trabajador, en atención a que en dicho informe se expresa que en un acto inseguro se inició la labor sin protocolos de seguridad y sin diligenciar el permiso de trabajo en alturas.

Además, aunque asegura la encartada que brindó capacitación previo al inicio de la obra en el centro comercial Andino, no puede olvidarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como en la sentencia SL16102-2014, ha asentado:

*“(...) en Colombia desde el año de 1979 existe una normativa en esta materia, que atendió la necesidad de establecer medidas orientadas a disminuir o eliminar los riesgos propios de las actividades de construcción y trabajo en alturas, de por sí de frecuente ocurrencia, y que tiene como común denominador la figura del delegado o supervisor, encargado de vigilar, inspeccionar y exigir el estricto cumplimiento de las normas de seguridad, así como la de propender por elementos y condiciones de trabajo seguros.*

*Naturalmente, esa obligación de seguridad de la persona del trabajador, en virtud de la cual se reviste al empleador y a su delegado de plenas facultades para «cumplir y hacer cumplir las disposiciones», «ordenar las medidas de control necesarias» y «adoptar las medidas necesarias para la prevención y control de los riesgos profesionales» (art. 12 R. 2413/1979), **no se extingue por la simple circunstancia de que éste acredite haber suministrado al trabajador una recomendación o sugerencia en torno a cuáles son las medidas de protección y el deber de acatamiento de las mismas, ni mucho menos por el hecho de haber brindado una capacitación, sino que va más allá, al punto que se convierte en un imperativo suyo el de exigir el cumplimiento de las normas de seguridad en el desarrollo de la labor, y de ser el caso, prohibir o suspender la ejecución de los trabajos hasta tanto no se adopten las medidas correctivas, o como lo señala el Convenio 167 de la OIT: «interrumpir las actividades» que comprometan la seguridad de los operarios. Todo lo anterior en el entendido de que en la organización del trabajo***

*debe prevalecer la vida y la seguridad de los trabajadores sobre otras consideraciones”.*

Lineamientos jurisprudenciales a partir de los cuales esta Sala de Decisión Laboral ha de decir que las capacitaciones recibidas por parte del trabajador, no pueden servir de pretexto para negar la responsabilidad que le incumbe al empleador, dado a que la actividad desempeñaba, es decir, trabajo en alturas, que se encuentra regulada mediante las resoluciones 2400 de 1979, 2413 de 1979, 3673 de 2008, 0736 de 2009, 1486 de 2009, 1938 de 2009, 1409 de 2012, Circular 070 de 2009 del Ministerio del Trabajo, exigía protección y seguridad de su trabajador, y en su aplicación, control y supervisión de la labor encomendada.

Ahora, olvida el empleador que la experiencia que pudo haber tenido el trabajador o la idoneidad que pudo obtener dada a su formación académica, no la liberaba de su obligación de vigilar, controlar e inspeccionar al trabajador, en orden evitar que sufriera algún daño o causara un peligro a sus demás compañeros, pues tal, como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“así el trabajador se encuentre suficientemente capacitado, tenga amplia experiencia o existiera exceso de confianza de su parte, lo cierto es que el empleador no se libera de su obligación de vigilar e inspeccionar las condiciones de trabajo y, hacer cumplir las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo (CSJ SL16102-2014, CSJ SL261-2019).”*(SL443-2021).

En consonancia con lo anterior, resulta diáfano concluir la falta de adopción de las medidas mínimas de seguridad en la labor dispensada por el trabajador, y si bien la defensa también va encaminada a exonerar su responsabilidad bajo el argumento de que el señor Tafur no estaba contratado para ejercer trabajos en alturas, que su función no era de hacer trabajo operativo, sino administrativo, y que de manera imprudente fue él quien solicitó la operación y manipulación de la manila, considera la Sala que esta afirmación no se ajusta a la realidad, pues como se señaló precedentemente, dentro de las funciones del trabajador se encontraba la de asistir el proceso de estructuras en acero, lo que implica ayuda en el proceso operativo, pues ninguna limitación o restricción se desprende del referido manual, pero aún en gracia de discusión, ello no tiene la connotación suficiente para que se predique la inexistencia de la culpa patronal, ya que no existe elemento de persuasión que determine con la suficiente contundencia que el día de los hechos estuviese presente un supervisor o delegado que garantizará el estricto cumplimiento de las normas de seguridad industrial en alturas y que le exigiera al trabajador el acatamiento irrestricto del uso de los elementos de protección entregados y procedimientos adecuados de seguridad industrial, con el objeto de evitar la exposición al riesgo, o como lo asienta la jurisprudencia laboral sobre el tema, prohibir o suspender la ejecución de la labor ante dicha omisión.

Como se ha señalado, tales circunstancias no se presentaron en el sub examine, pues el control del riesgo se dejó al vaivén de las circunstancias que determinaron la ocurrencia del siniestro, pues, tal y como le dijo el representante legal de la sociedad demandada, en la actividad no se incluyó personal encargado de supervisar y vigilar la seguridad en el trabajo, de tal forma que la obra se realizó de manera insegura, máxime que así también se detalla en la investigación del accidente de trabajo, pues no se puede dejar de lado que uno de los compromisos inmediatos de carácter imperativo para la empresa demandada frente al riesgo de accidente, era la definición y elaboración de un estándar de seguridad de trabajo en alturas así como la implementación de mecanismos de permisos para trabajos de alto riesgo, enfatizando la prohibición de trabajar en alturas sin aquiescencia de la empresa.

Ahora, si bien se aduce que en la empresa existían todos los elementos de protección para el trabajo en alturas, lo cierto es que para el día en que ocurrió el infortunio laboral el demandante no contaba con tales elementos de seguridad, ni se encontraba *in situ* un delegado o supervisor que lo hubiere apercibido o exigido para que no prosiguiera con la actividad peligrosa o riesgosa desplegada mientras no adoptara las medidas de protección adecuadas, hechos que permiten concluir sin necesidad de mayores elucubraciones jurídicas y probatorias que la convocada al juicio incumplió el deber de acatar las disposiciones de seguridad industrial mínimas en alturas, minimizando el impacto negativo del siniestro laboral al realizar trabajo en alturas, sin el uso de cuerdas, arnés y eslingas, entre otras cosas, que hubieran evitado la caída.

Debe precisarse que la Resolución 1409 de 2012 si bien dio un plazo de 24 meses a los empleadores, como lo dice la censura, ello lo fue tan solo para completar los procesos de capacitación a sus trabajadores según el nivel que corresponda u obtener la certificación de competencias laborales, de manera que el empleador debió cumplir con incluir en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, el programa de protección contra caídas, así como las medidas necesarias de protección contra caídas, identificación, evaluación y control de los riesgos asociados al trabajo en alturas, a nivel individual por empresa o de manera colectiva para empresas que trabajen en la misma obra (numeral 2, artículo 3); así como de disponer de un coordinador de trabajo en alturas, de trabajadores autorizados en el nivel requerido y de ser necesario, un ayudante de seguridad según corresponda a la tarea a realizarse; lo cual no significa la creación de nuevos cargos sino la designación de trabajadores a estas funciones (numeral 6, artículo 3) .

En este punto, es importante recalcar que en todo caso la obligación de contar con un coordinador de trabajo en altura no nació con la expedición de la Resolución 1409 de 2012 sino que venía prevista, entre otras, en la Resolución 3673 de 2008, denominada antiguamente como "persona competente", quien estaba capacitado para *"identificar peligros, en el sitio en donde se realizan trabajos en alturas, relacionados con el ambiente o condiciones de trabajo y que tiene la autorización para **aplicar medidas correctivas, lo más pronto posible, para controlar los riesgos asociados a dichos peligros**".* (negrillas fuera de texto).

En esta resolución se indica además que *"cuando no se ha implementado otra medida preventiva contra el peligro de caída de personas y objetos, el empleador debe nombrar a un inspector de seguridad que debe realizar las siguientes funciones y reunir las siguientes capacidades:*

*3.6.1. Ser competente para reconocer los peligros de caída de personas y objetos.*

*3.6.2. Ser capaz de advertir a los trabajadores de los peligros de caída y de detectar prácticas inseguras de trabajo y con autorización para aplicar medidas correctivas.*

*3.6.3. Estar lo suficientemente cerca de operaciones de trabajo para verificar las condiciones de riesgo".*

Y en el párrafo del art. 14 de la referida Resolución se señala enfáticamente que *"Ningún trabajador puede realizar tareas o trabajos ocasionales con riesgo de caída desde alturas, sin que cuente con el debido permiso de trabajo revisado, verificado en el sitio de trabajo y avalado por una persona competente delegado por el empleador".*

Como se puede observar, ninguna de estas disposiciones resultaba novedosa para el empleador, quien se escuda en que contaba con un tiempo de 2 años después de emitida la Resolución 1409 de 2012 para cumplir con las exigencias de trabajo en alturas, y contrario a lo dicho, ninguno de los medios de convicción allegados al cartapacio da cuenta precisamente del cumplimiento de esas medidas de identificación, evaluación, valoración,

prevención y control de peligros, y riesgos en la actividad, pues como si fuera poco, tan solo se allegó el Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo actualizado a julio de 2014, es decir, con posterioridad a la data de fallecimiento del señor Edwin Ernesto Tafur Rivera, y tampoco prueba que cumplió con la directriz de tener un trabajador con la calidad de coordinador de alturas o “persona competente”.

Ahora, tampoco es posible aceptar el argumento de que era el trabajador fallecido quien estaba a cargo de las funciones de coordinador de trabajo en alturas, como lo pretende hacer ver la censura, pues aunque aquel tenía dentro de sus obligaciones, velar por el cumplimiento estricto de las normas de higiene y seguridad industrial de sus trabajadores en la obra y cuidado integral de su salud, suministrar información clara y veraz sobre su estado de salud, cumplir normas, procedimientos, reglamentos e instrucciones de los programas de salud ocupacional de la empresa, aunado a que tenía una certificación expedida por el Servicio Nacional de Aprendizaje “SENA”, según la cual el trabajador participó en la acción de formación “Trabajo en Alturas” con duración de 40 horas, lo cierto es que, las obligaciones impuestas son de carácter general, ninguna implicaba la identificación de peligros, valoración ni control de los riesgos, pues como se dijo precedentemente, para realizar la labor de supervisor era necesario contar con un trabajador que realizará dicha competencia, con la capacidad de identificar peligros en el sitio en donde se realiza trabajo en alturas, relacionados con el ambiente o condiciones de trabajo y con autorización para aplicar medidas correctivas inmediatas para controlar los riesgos asociados a dichos peligros, como lo exige el numeral 15 del artículo 2 de la Resolución 1409 de 2012, función que no se encuentra contenida en el manual de funciones y condición que no cumplió el trabajador fallecido, como quiera que aquel mantuvo la labor de ingeniero residente de obra, encargado de:

- Realizar, mantener y custodiar los documentos que sean requeridos durante la ejecución de la obra (Planificación, Cronogramas, Trazabilidad, Planos, Actas, Memoriales, Especificaciones, Comunicaciones, etc.)
- Revisión de los planos de proyecto, así como las cantidades de obra de forma tal de informar, de ser el caso, a Contratista y Contratante de las anomalías detectadas.
- Mantener la adecuada comunicación con el representante del contrato en la obra.
- Cumplir con el trámite, control, facturación y seguimiento de las evaluaciones de obra ejecutada.
- Llevar y actualizar la planificación de la obra, informando a tiempo a sus superiores de situaciones tales como: requerimiento de material, equipos y personal, retrasos en la ejecución, gastos no previstos, pagos a subcontratistas y personal, entre otros.
- Coordinar y supervisar la realización de los planos de construcción de la obra y realizar planos cuando se requieran.
- Supervisar la calidad de los materiales y equipos a utilizar en la obra, asegurándose de su adecuado almacenamiento y control de uso e inventario.
- Asegurarse que los materiales que ingresan a la obra satisfacen las especificaciones.
- Definir el sistema constructivo más adecuado para el tipo de tareas a ejecutar en la obra.
- Garantizar que los elementos terminados dentro de la obra no sufrirán deterioro.
- **Asistir el proceso de estructuras en acero.**

Es decir que, dadas dichas actividades, no estaba a su cargo el identificar, evaluar, valorar, prevenir y realizar control de peligros y riesgos en la actividad, mucho menos supervisarse a sí mismo, por manera, que siendo una actividad riesgosa y peligrosa la que se prestaba requería de una debida vigilancia en orden de que pudiera evitar un hecho de consecuencias fatales, como el que se presentó en el sub lite.

Así las cosas, de las pruebas documentales no se deduce con la claridad que afirma la empresa llamada a juicio, que el accidente de trabajo no fue ocasionado por incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues contrario a ello, lo que se observa sin lugar a dubitaciones es que aquél incumplió con la obligación general de protección y seguridad para con su trabajador señalada en el artículo 56 del CST, de allí que en ningún desatino incurrió la juzgadora de primer grado, al considerar que la demandada no cumplió con la obligación contenida en la citada disposición, en tanto que era de su resorte el haber allegado medios de convicción tendientes a demostrar que cumplió con su deber de adoptar todas las medidas de identificación, prevención y control de riesgos, sin que hubiera procedido de conformidad, echando de menos la supervisión idónea y suficiente, tendiente a requerir al trabajador el uso de los elementos de protección, aspecto que deja en evidencia que en ningún momento procuró demostrar las medidas adoptadas en orden de evitar o corregir situaciones riesgosas en la actividad de alturas.

En ese sentido, el acervo probatorio, contrario a lo que se pretendía, deja al descubierto las omisiones en que incurrió el empleador, ya que no se evidencia por parte de esta Sala que el empleador en cumplimiento de dichas de protección y seguridad de su trabajador, y en su aplicación, controlará y supervisará la labor encomendada, la cual, por su naturaleza y riesgo, requería mayor inspección tendiente a evitar la ocurrencia de eventos como el acaecido, como se dijo en precedencia.

Como colofón de lo anterior, queda acreditada en el plenario la negligencia o actitud omisiva del empleador en el accidente de trabajo, al faltar a sus obligaciones de supervisión, inspección y exigencia del acatamiento irrestricto de las normas legales y reglamentarias de seguridad industrial, en especial frente a la ejecución de una labor riesgosa y que comprometía la vida e integridad del trabajador, como realizar labores en altura sin los elementos de seguridad y protección necesarios dejando al azar de las circunstancias la ocurrencia del riesgo a que estaba expuesto, lo que sirve de fundamento de imputación de responsabilidad subjetiva a título de culpa de la demandada por la ocurrencia del siniestro.

Por lo anterior, no puede pensarse en que lo ocurrido fue por un hecho exclusivo de la víctima, como lo pretende la censura, ya que, de haber tenido control, vigilancia e inspección de las condiciones de trabajo, hubiera podido precaver el riesgo al que estaba sometido. Y es que en lo referente a que el accidente del trabajo ocurrió por un actuar inseguro o imprudente del trabajador, debe la Sala acotar que ha considerado la jurisprudencia (SL1911-2019) que: *“En todo caso, así hubiese un actuar imprudente del trabajador fallecido, ello no exime al empleador de implementar medidas de prevención efectivas para evitar accidentes de trabajo en el lugar de prestación del servicio, o en otros términos, la responsabilidad de la empresa en el accidente o la enfermedad no desaparece en el evento de que el trabajador lleve a cabo un comportamiento descuidado o imprudente (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017 y CSJ SL2824-2018)”*.

Demostrado como quedó que ocurrió un accidente de trabajo y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptando las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el gestor del proceso, resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

Por lo dicho, no queda otro camino para esta Sala de Decisión que confirmar la decisión de primera instancia que dio por acreditada la culpa patronal del artículo 216 del CST. La misma suerte correrá la condena atinente al lucro cesante consolidado y futuro, pues, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en decisiones, como, por ejemplo, SL 363-2022:

*"el ordenamiento jurídico prevé dos tipos de reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, a saber: i) la tarifada de riesgos referente al reconocimiento de los beneficios asistenciales o prestaciones económicas que contempla el sistema, a cargo de las ARL, «para cuya causación resulta indiferente la conducta del empleador» (CSJ SL16792-2015 y CSJ SL4323-2018) y, ii) la plena de perjuicios que compete a «la indemnización total y ordinaria de éstos por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro y que corresponde asumir directamente al empleador en los términos del artículo 216 del C.S. del T» (CSJ SL, 13 mar. 2012, rad. 39798, citada en CSJ SL4552-2021).*

*Estas resultan diferentes porque, siguiendo la jurisprudencia referida -además de que atañen a responsabilidades disímiles, dado que la que está en cabeza de la ARL es netamente objetiva, mientras que la del dador de empleo es subjetiva- tienen naturaleza desigual, pues la primera es prestacional y la segunda indemnizatoria y también predicen finalidad dispareja (...)"*

De tal manera la indemnización plena de perjuicios aquí condenada no se subsume en un riesgo objetivo que deba ser asumido por el sistema general de riesgos laborales, en tanto que tiene un carácter resarcitorio ante la negligencia subjetiva que, como quedó visto incurrió el empleador, de forma que, si las demandantes reciben la pensión de sobrevivientes y al mismo tiempo el lucro cesante y futuro, contrario a lo esgrimido por el apoderado judicial de la parte demandada, no están obteniendo una doble reparación bajo un mismo perjuicio.

Así las cosas, se mantendrá incólume la sentencia en lo que hace también a este punto de censura.

### **Costas en primera instancia a cargo de Hierro en Potencia P&P Ltda y a favor de la Compañía de Seguros Bolívar S.A.**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Hierro en Potencia P&P Ltda y a favor de Compañía de Seguros Bolívar S.A., en razón a que esta última fue absuelta del llamamiento en garantía que realizó la primera, de tal forma que se adicionará la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche por la aseguradora.

### **Costas en esta instancia**

Costas en esta instancia a cargo de Hierro en Potencia P & P S.A.S. y a favor de **Jehimmy Carolina Tafur Salinas, Andrew Mauricio Tafur Cruz y Diana Michell Tafur Cruz**, por no haber prosperado el recurso de alzada. Las de primera se confirman.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia en favor de **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** y a cargo de **HIERRO EN POTENCIA P & P S.A.S.**

**TERCERO: CONDENAR** en costas en esta instancia en favor de **Jehimmy Carolina Tafur Salinas, Andrew Mauricio Tafur Cruz y Diana Michell Tafur Cruz** y a cargo de **HIERRO EN POTENCIA P & P S.A.S.**

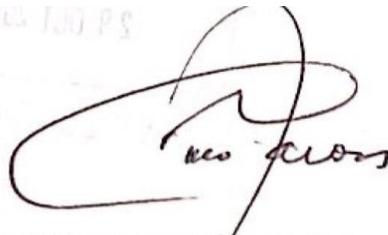
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



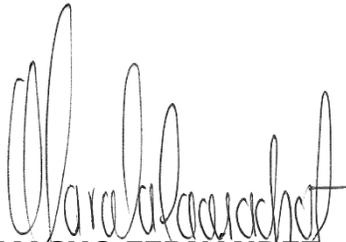
**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.** y a cargo de **HIERRO EN POTENCIA P & P S.A.S.** en la suma de \$500.000.

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de cada una de las demandantes **Jehimmy Carolina Tafur Salinas, Andrew Mauricio Tafur Cruz y Diana Michell Tafur Cruz**, y a cargo de **HIERRO EN POTENCIA P & P S.A.S.** en la suma de \$3.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** NANCY PEÑALOSA GALVIS  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 37-2019-00385-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Nancy Peñalosa Galvis instauró demanda ordinaria contra contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, se proceda al traslado por parte del fondo de pensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses sin descuento alguno a cargo o en perjuicio de la actora con destino a Colpensiones, quien deberá aceptar dicho traslado sin dilación alguna y reconocer la pensión de vejez con el correspondiente pago retroactivo, intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 14 de septiembre de 1960 y que se encontraba afiliada al ISS desde mayo de 1990. Refirió que en julio de 1997 un asesor de AFP Porvenir S.A., en las instalaciones de su empleador, le realizó el traslado entre regímenes, si brindarle información suficiente, clara y completa para efectos de tomar la decisión. (fols. 2 a 11).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 84); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que las causales de nulidad están taxativamente definidas en la ley, por lo que es necesario probarlas para poder declararlas. Indicó que la afiliación de la demandante goza de plena validez y, por tanto, las pretensiones de la demanda carecen de fundamento fáctico y legal para prosperar. Agregó que no es dable el reconocimiento pensional ya que esta no es la administradora de la demandante, además, que no es procedente el pago de costas y gastos procesales, teniendo en cuenta

que los actos administrativos emitidos por esta son concordantes con los hechos y ajustados a derecho. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó el error sobre un punto de derecho, no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (fols. 88 a 96).

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la vinculación de la demandante fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, dado a que fue ampliamente asesorada sobre las implicaciones que generaría el traslado, de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Indicó que no es procedente decretar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, aunado porque no se evidencia causa y objeto ilícito en el acto.

Esgrimió que no procede la condena de devolución de los gastos de administración de conformidad con el inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, ya que no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello también están sujetos a la prescripción. Como excepciones propuso las que denominó prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y finalmente la genérica. (fols. 120 a 132).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos por administración. Así mismo, condenó al fondo de pensiones en costas a favor de la demandante.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 1452 de 2019, 1688 de 2019, 1689 de 2019, 1361 de 2019; en el decreto 663 de 1993 y la Ley 797 de 2003 señalando para tal efecto que el deber de información se encuentra regulada desde la expedición de la Ley 100 de 1993, de manera que las AFP están obligadas a demostrar el cumplimiento del deber legal de la información, aspecto que no se demuestra con el formulario de afiliación. Esbozó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que al momento del traslado aquella contaba con 791 semanas cotizadas.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones.** Recurrió la decisión proferida manifestando que del interrogatorio de parte y las pruebas que reposan en el expediente se puede concluir que la actora si tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, además, se verifica con la suscripción del formulario la capacidad volitiva de la misma. Refirió que la promotora del litigio aspira a beneficiarse de su falta de diligencia y que se excusa en el hecho de no saber que podía dirigirse al ISS a rectificar la información brindada por la AFP Privada. Explicó que el desconocimiento de la ley no es excusa, de manera que de haber tenido una inconformidad con la AFP debió haberlo manifestado y no después de más de 20 años

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada esgrimió que la demandante se aprovecha de su propia culpa al ser negligente a la hora de suscribir el formulario, asistiéndole también el deber de diligencia y cuidado. Refirió que de conformidad con la sentencia C 131 de 2004 el principio de la confianza legítima establece que el Estado no puede cambiar súbitamente las reglas de juego, además, que la jurisdicción laboral a través de la Corte Suprema de Justicia está cambiando las reglas del juego sin que cambien las leyes.

Insistió en que el formulario de la afiliación de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 es un requisito *sine qua non* propiamente, por lo que la selección del régimen implica la aceptación de sus condiciones. Indicó que no procede la condena de traslado de los gastos de administración ya que estos nunca debieron estar en Colpensiones, siendo estas obligaciones de tracto sucesivo y afectan derechos de terceros, máxime cuando los costos de la pensión de garantía mínima no se encuentran en el patrimonio del fondo. Agregó que debió condenarse en costas a Colpensiones.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. AFP Porvenir S.A.** Alegó en su favor indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse de ella.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

## **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Nancy Peñalosa Galvis, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 31 de mayo de 1982, con cotizaciones hasta el 1 de agosto de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (fol. 29); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 27 de julio de 1997 (fol. 149 Reverso), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

## **Carga probatoria y deber de información**

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

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

## **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

## **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y

rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, como acertadamente lo indicó el a quo en sus consideraciones.

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

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible, por lo que este punto de alzada se despachará negativamente.

### **Costas en primera instancia a cargo de AFP Porvenir S.A.**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra AFP Porvenir S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

Ahora, frente a Colpensiones, debe decirse que el fondo de pensiones codemandado no está legitimado para exigir en el recurso de apelación que aquella sea condenada al pago de costas procesales en primera instancia a favor de la demandante, ya que dicha prerrogativa es facultativa de la activa, pues es la única beneficiaria de su imposición, sin que evidencie la Sala algún reproche por la promotora del litigio sobre este aspecto.

## Costas en segunda instancia

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de agosto del 2021, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones, los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

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

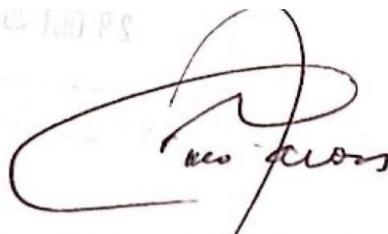
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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

## **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MARTHA CECILIA BLANCO LUGO  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 30-2019-00740-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Martha Cecilia Blanco Lugo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la vinculación del RPMPD al RAIS y, por tanto, la AFP demandada debe trasladar el valor de los saldos o aportes pensionales, junto con sus rendimientos, descuentos por administración y descuentos por pérdidas que se hayan aplicado en su cuenta pensional; mientras que Colpensiones debe aceptar la vinculación, recibiendo los mismos. Así mismo, pidió que la AFP Porvenir S.A. debe reconocer y pagar la sanción establecida en el inciso 1 del artículo 271 de la ley 100 de 1993, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que desde el inicio de su vida laboral cotizó al ISS, sin embargo, se trasladó de régimen, solicitando nuevamente su vinculación el 17 de enero de 2019 a Colpensiones su afiliación, dado a que los asesores del fondo de pensiones no tenían amplio conocimiento, ni información suficiente, para realizar el traslado. (fols. 24 a 41).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 141); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que le brindaron la información requerida a la demandante al momento del traslado, por manera que no hay lugar a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y finalmente la genérica. (Expediente Digital, 01. CONTESTACION COLPENSIONES)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la vinculación de la demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, a la cual le garantizó el derecho de retracto, encontrándose inmersa en la restricción de la Ley 797 de 2003. Expuso que, de haberse presentado algún vicio en el consentimiento, esto deriva en una nulidad relativa susceptible de ser saneada a través de los actos de ratificación. Refirió que la Circular 019 de 1998 emitida por la SIF exigía para efectos de que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado de régimen pensional, la expresión de voluntad a través del diligenciamiento del formulario; además que la misma entidad en concepto del 17 de enero de 2000 indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional. En su defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y finalmente la genérica. (fols. 59 a 115).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de Junio de 2021, en la que el fallador declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS que realizó la demandante y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante el tiempo que permaneció en el RAIS hasta cuando se haga efectivo el traslado debidamente indexado. Ordenó a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, actualice la información en su historia laboral. Finalmente, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento en la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, Ley 797 de 2003, los artículos 48, 53 y 230 de la Constitución Política, artículo 151 del C.P.T. y de la S.S.; el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo y la sentencia SL 1688 de 2019, señalando que al 1 de abril de 1994 la actora contaba con menos de 35 años y que era obligación de las AFP dar la información necesaria, transparente y comprensible para que el afiliado tomará su decisión. Indicó que no se pudo determinar si se le brindó la información necesaria a la promotora del litigio por parte de la AFP Porvenir S.A., de manera que debe devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro, rendimientos y costos de administración durante el tiempo que permaneció en el RAIS. Agregó que los gastos de administración deben ser asumidos del propio patrimonio de la AFP, además, que no es posible aplicar el fenómeno de la prescripción dada su conexidad con el derecho a la pensión.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. Colpensiones.** En oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que el deber de información ha tenido varias etapas, por lo que la asesoría brindada debió analizarse bajo la normatividad vigente para la fecha, con lo cual, la misma podía ser brindada de manera verbal y no era obligatorio que esta estuviera escrita. Refirió que no estuvo presente en la asesoría que se le brindó, tampoco hizo parte de la decisión

que tomó, además, que debe tenerse en cuenta que la actora ha permanecido por más de 20 años en el RAIS, sin objeción alguna.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada esgrimió que no se dieron las circunstancias para poder declarar la ineficacia, dado que de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 quedó estipulado que al darse el traslado de régimen se debe hacer de forma expresa y de forma escrita que se da con el formulario de afiliación. Refirió que no puede restarle valor probatorio al mismo, ya que este es un documento público y se presume auténtico, máxime cuando para la fecha en la que se realizó el traslado no existía un documento adicional que se le solicitara a esta, además, al momento de su suscripción era mayor de edad y totalmente capaz.

Expuso que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que es posible aplicarles el término trienal de la prescripción. Indicó que en los eventos en los que proceda la nulidad o ineficacia de traslado los únicos dineros a retornar son los que reposan en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, sin que proceda la devolución de las cuotas de prima de seguro provisional, ni tampoco gastos de administración, ya que se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Por último, dijo que no puede generarse un fallo a devolución de dineros de manera indexada debido a que no fue solicitado.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Colpensiones.** Alegó en su favor aduciendo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** Argumentó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Martha Cecilia Blanco Lugo, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 10 de marzo de 1989, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones; que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 17 de abril de 1997, donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

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

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

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1997- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier

circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

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

**devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

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

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible, por lo que se despacha negativamente este motivo de alzada

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

### DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral tercero de la sentencia proferida el 11 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

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

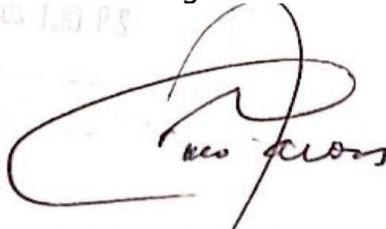
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ANN JESSICA ROMO NOVOA  
**Demandada:** COLPENSIONES, AFPs PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.  
**Radicado No.:** 09-2019-00280-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Ann Jessica Romo Novoa instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Protección S.A., con el fin de que se declare que existió vicio en el consentimiento por falta de información y, por tanto, la nulidad del acto que la vinculó al RAIS. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto los rendimientos financieros y el valor del bono de pensiones con destino a Colpensiones; a esta última a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono de pensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 26 de julio de 1965 y que se vinculó al RPMPD con el entonces ISS el 21 de febrero de 1991. Refirió que no se le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna sobre la pensión de vejez en el momento en que fue trasladada al RAIS. Indicó que le es más favorable la mesada pensional a recibir en el RPMPD, por lo que el 29 de enero de 2019 radicó solicitud de vinculación ante Colpensiones, pero la misma le fue negada. (Fols. 2 a 32)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 79); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a las pretensiones señalando que el traslado de régimen fue efectuado ajustado a derecho; que debe probarse por parte de la actora la existencia del vicio del consentimiento al que se alude; que el traslado de régimen se produjo de manera libre y voluntaria por lo que no es posible el traslado de los aportes; como excepciones propuso las que denominó validez de la afiliación al RAIS; buena fe de Colpensiones; Cobro de lo no debido; falta de causa para pedir;

inexistencia del derecho reclamado; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005; compensación, prescripción y finalmente la innominada o genérica. (fols. 80 a 97).

**3.2. AFP Protección S.A.** Respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el contrato de afiliación es plenamente válido y produjo efectos jurídicos; que no existieron vicios del consentimiento; que los asesores de Protección están debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a los potenciales afiliados; como excepciones propuso las que denominó validez de la afiliación al RAIS con Protección; buena fe; inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 116 a 123)

**3.3. AFP Porvenir S.A.** Presentó contestación de la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que el traslado con esta AFP se dio completamente e informada; que le compete a la parte actora la demostración de los vicios del consentimiento a los que hace alusión; que la obligación de otorgar información clara, cierta, comprensible y oportuna nace únicamente a partir de la entrada en vigencia del decreto 2241 de 2010, esto indicado en el concepto del 12 de junio de 2017 de la SIF; que la parte actora realizó una vinculación a pensiones voluntarias y analizándolo en su conjunto con los traslados horizontales realizados se deduce que conocía las condiciones del régimen y los aceptaba; que la parte actora se encuentra en la prohibición legal del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que al no haber fundamento de las pretensiones de la demanda deberá ser absuelta; como excepciones propuso las que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y finalmente buena fe. (fols. 177).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron durante la vigencia de la afiliación de la demandante; condenó a Colpensiones a recibir de las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra; declaró no probadas las excepciones propuestas; costas a cargo de Protección S.A. y fijó como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV.

La decisión de la Juez tuvo sustento en el artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993; el artículo 1604 del Código Civil; el decreto 663 de 1993 y las sentencias SL 2209 de 2021, 4426 de 2019, 1452 de 2019, 1217 de 2021 y 2877 de 2020; para tal efecto señaló que la selección de cualquier sistema deberá ser libre y voluntaria por parte del afiliado; que las AFP tienen la obligación de brindar la información suficiente desde su creación ; que no existe una decisión libre y voluntaria si el afiliado no conoce la incidencia de la decisión sobre su futuro pensional; que el afiliado debe conocer con exactitud los dos sistemas pensionales o vigentes; que la AFP está obligada a garantizar una afiliación libre y voluntaria; que no es requisito que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición; las acciones posteriores no subsanan la falta de información en la afiliación inicial; que el formulario de afiliación no es suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de entregar información suficiente; que no se puede convalidar o ratificar la decisión de la demandante por los traslados entre administradoras del régimen; que las AFP deben

trasladar todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, valores por cuotas de administración y comisiones con efecto retroactivo durante el tiempo de permanencia en cada una de las AFP y finalmente que la declaratoria de ineficacia deben asumirla todas las entidades tuvieran o no injerencia.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1 Colpensiones.** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando para tal efecto que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso; que la actora contaba con menos de 150 semanas cotizadas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión; que no era beneficiaria del régimen de transición; que se debe tener en cuenta la sentencia con radicado 2016087 del 17 de enero de 2017 la cual indica que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la mesada pensional no constituye prueba de engaño o por información equivocada; que lo que se demuestra es un desinterés o descuido por parte de la actora, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

**5.2. AFP Protección S.A.** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero señalando para tal efecto que los supuestos de hecho analizados en la sentencia 2877 del 2020 no corresponden a los mismos del caso; que de conformidad con el artículo 1746 del Código civil es claro que la demandante se lucró durante al menos 8 años; que al retrotraer todo a su estado original deberán devolver los rendimientos financieros; que se configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y por esto solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia proferido por el juez de primera instancia.

**5.3. AFP Porvenir S.A.** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando para tal efecto que el traslado de régimen fue válido y eficaz; que el deber de información ha tenido un cambio progresivo incrementando a lo largo de los años las exigencias; que no se realizó la interpretación de la norma aplicable a dicha data; que al momento del traslado no existía obligación que hoy sí es exigible; que las asesorías se realizaban de manera verbal; que se está imponiendo un imposible jurídico a la administradoras del RAIS; que el único documento para demostrar la válida afiliación es el formulario; que en virtud de las restituciones mutuas la parte actora no tendría derecho al retorno de los rendimientos generados por las gestiones realizadas; que los descuentos realizados están amparados por la ley por último solicita que se revoque en su integridad el fallo y que de confirmarse se revoque la condena a devolver gastos de administración.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor aduciendo que no se logró probar por parte de las demandadas, que se hubiese suministrado información necesaria, pertinente, oportuna para realizar el traslado de régimen pensional, con base en la normatividad requerida para dicha época, así mismo de los amplios y pacíficos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que hoy conforman precedente judicial.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas, y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Ann Jessica Romo Novoa, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 5 de junio de 1992, con cotizaciones hasta el 9 de mayo de 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (fols. 253 a 257); que

suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. con fecha 1 de junio de 2001 (fols. 112); que suscribió formulario con la AFP Porvenir con fecha 30 de abril de 2009 (fols. 172) y finalmente que suscribió formulario de afiliación con fecha del 28 de agosto de 2013 (fols. 172), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A. pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora Ann Jessica Romo Novoa acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo

mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) *las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*".

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

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

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que

incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2001, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1 de junio de 2001, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del

capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

*(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión de los fondos demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de gastos de administración, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a Colpensiones las sumas descontadas

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

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a las AFPs a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

## **DECISIÓN**

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

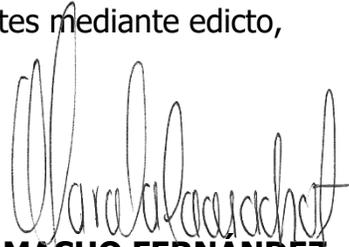
## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 11 de agosto del 2021, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

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

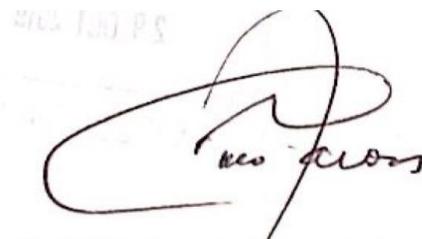
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** DESIREE MURCIA CELEDÓN  
**Demandada:** COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicado No.:** 23-2020-00109-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Desiree Murcia Celedon instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la anulación por ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a Colpensiones, con la devolución de todos los dineros que recibió el fondo privado con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro asumiendo de su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión. Así mismo, pidió que se condene a la AFP Protección S.A. a seguir pagando la prestación económica por vejez de haberse otorgado hasta que sean trasladados los fondos a Colpensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 27 de octubre de 1982 y realizó aportes desde el 7 de diciembre de 1983 al 30 de noviembre de 1990; que a partir de noviembre de 1999 realizó aportes al RAIS por medio de la AFP Protección S.A.; que no se le brindó la información suficiente y necesaria para realizar el traslado; que solicitó a la AFP Protección S.A. le diera copia de los documentos que se le entregaron y esta no le entregó ningún documento; que solicitó a Protección S.A. que anulara su afiliación al RAIS y esta fue negada. (fols. 2 a 36).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 188); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestaciones.

**3.1. Colpensiones.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no han existido circunstancias que hayan viciado el

consentimiento; que el traslado se realizó de manera voluntaria y consciente de acuerdo a los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993; que no tuvo ninguna injerencia en la decisión de la demandante en trasladarse de régimen; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que no es beneficiaria del régimen de transición; como excepciones propuso las que denominó la 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 y finalmente la innominada o genérica. (Expediente digital, PDF 1100131050232020010900- CONTESTACION)

**3.2. AFP Protección S.A.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea; que a través de la firma del formulario la demandante dio su señal de aceptación; que no se puede decir que la demandante fue engañada dado que no le resulta favorable la mesada pensional en el RAIS; que para 1994 no era posible determinar si iba a alcanzar a obtener la prestación de vejez; que la manera en la que se liquide la pensión de vejez en el RAIS no hace nula o ineficaz la afiliación de la demandante; que la afiliación al RAIS de la demandante es totalmente válida y eficaz realizada con plena observancia de todas las disposiciones legales vigentes; que se encuentra inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que no hay causal legal que faculte el traslado del capital de la cuenta de ahorro individual; que el capital en la cuenta de ahorro individual hará parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS; que no es posible aplicar el artículo 1746 y 963 del Código Civil; que el concepto pagado al fondo de garantía de pensión mínima no puede devolverse dado que el pago se realiza mes a mes y son dineros utilizados a favor de terceros que no cumplieron los requisitos mínimos para generar el derecho a la pensión; que en el evento de condenarse a trasladar los aportes de la demandante a Colpensiones no es posible trasladar concepto diferente al dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro individual más los respectivos rendimientos; que no hay lugar a que se predique conducta alguna en su contra; como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; prescripción y finalmente 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. (Expediente digital, PDF CONTESTACIÓN DESIREE MURCIA CELEDON)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 20 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y las sentencias SL 31989 de 2008, 19447 de 2017, 4989 de 2018 y 1452 de 2019, señalando que el consentimiento debe ser libre y voluntario; que es un deber de las administradoras brindar una información completa, necesaria y oportuna; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor de la afiliada; que si bien el formulario por sí solo no es plena prueba para establecer que se dio una información completa, adicionalmente se allegó documento de re-asesoría del año 2003 momento para el cual le era posible a la demandante retornar al RPMPD, donde se le indica que la permanencia en este régimen no es beneficioso a sus intereses y ella acepta el permanecer en este, por lo que para el despacho es suficiente

para establecer que existe información completa y oportuna en dicha re-asesoría y que la AFP cumple con la carga probatoria.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por **la demandante** señalando que la AFP demandada incumplió con el deber impuesto por el artículo 167 del CPT y la SS; que no se logró demostrar que al momento de la afiliación inicial se le haya suministrado la información suficiente para que la demandante tomara la decisión; que la elección de régimen debe ser libre y voluntaria de conformidad con la ley 100 de 1993, el decreto 656 de 1994 y el decreto 720 de 1994; que del interrogatorio de parte se desprende que al momento de la afiliación inicial no recibió información suficiente; que del interrogatorio se puede evidenciar que la demandante si bien reconoce su firma en el formulario de la re-asesoría no la tiene presente ni la información que le brindaron; que se dé aplicación al precedente jurisprudencial como sentencias 31989 de 2008 y 31314 de 2018 y finalmente frente a las costas señaló que no se den aplicación por haber actuado de buena fe durante el proceso.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor aduciendo que en el momento de la afiliación el representante de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien realizó la afiliación, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para dicha afiliación y no le dio información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, en tanto que en el proceso aquí debatido no se aportan pruebas suficientes que acrediten su existencia, pues de su interrogatorio de parte se pudo determinar que el motivo por el cual se siente engañada en el RAIS es por no habersele indicado adecuadamente las características del régimen pensional y el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen, por lo que en caso de existir algún tipo de error este sería sobre un punto de derecho y no de hecho que de conformidad con el artículo 1509 del C.C y a voces de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no vicia el consentimiento y por lo tanto la afiliación resulta ser totalmente válida.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la

afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora Desiree Murcia Celedón, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 7 de diciembre de 1983, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1990, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (fol. 52); que entre el 27 de octubre de 1982 hasta el 27 de octubre de 1983 cotizó a CAJANAL (Fol. 48 a 51) y finalmente que se trasladó a la AFP Protección S.A. desde el 21 de julio de 1994 (Expediente digital, PDF CONTESTACIÓN DESIREE MURCIA CELEDON pág. 52 y 53), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 1 de febrero de 1990, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Protección S.A., que tuvo ocurrencia el 21 de julio de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La sala mayoritaria no desconoce que de conformidad con el artículo 3º del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01º de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones "**deberán**" seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1º de abril de 1994, pues sólo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multifiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requieren vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4º que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están*", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con

posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 19 de noviembre de 1985, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"*(Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

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

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 7 de diciembre de 1983, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 21 de julio de 1994 a la AFP Protección S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

*"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia**.*

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida***".

Ahora, ciertamente esta Sala de Decisión en anteriores pronunciamientos como en sentencia del 30 de noviembre de 2020, expediente 15-2016-00757-02 y sentencia de 25 de abril de 2021, expediente 37-2018-00039, se afincó en el criterio de exigir que el afiliado debe tener cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida con posterioridad al 1 de abril de 1994, de lo contrario se debía entender que la vinculación al RAIS constituye la afiliación inicial al régimen pensional, y por esa vía no estudiaba la ineficacia del traslado por no constituir un traslado de régimen en estricto sentido, sino una afiliación inicial al mismo, sin embargo, de manera posterior se rectificó el criterio al asumir que la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1º de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

### **Carga probatoria y deber de información**

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de las AFP PRIVADAS, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Protección S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **DESIREE MURCIA CELEDON** acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Siendo claro que se equivocó el fallador de primera instancia cuando a pesar de encontrar que la AFP privada no brindó la información exigida a la demandante, absolvió a las demandadas bajo el argumento de que la actora recibió una re-asesoría en el año 2003 y para dicha época tenía la oportunidad de retornar al RPMPD. No obstante, la jurisprudencia de la CSJ ha señalado de manera reiterada que se exige, es que la AFP demuestre que al momento de la afiliación brindó la información en los términos indicados, prueba que en el presente caso brilla por su ausencia.

Por lo anterior, para la Sala no es de recibo el argumento del fallador de primera instancia al señalar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado por haber recibido la demandante una re-asesoría momento para el cual podía efectuar el retorno al RPMPD, pues como ya ha expuesto esta sala la exigencia probatoria para la AFP es que haya brindado la información al momento de la afiliación y no con posterioridad puesto que esta última no tiene la virtualidad de subsanar la falta del deber de información inicial.

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

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

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

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

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

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993

y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de esta mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asuman dichas competencias.

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

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

En este punto es necesario precisar que la accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 52 años de edad, por haber nacido el 25 de diciembre de 1957, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo argumentos expuestos por el fondo de pensiones codemandado en su contestación de demanda.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Conclusión**

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **DESIREE MURCIA CELEDON** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **DESIREE MURCIA CELEDON**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

### **Costas**

En ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del CGP.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **DESIREE MURCIA CELEDÓN** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 21 de julio de 1994 a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales **DESIREE MURCIA CELEDÓN**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

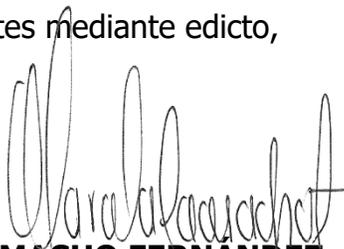
**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **DESIREE MURCIA CELEDÓN**, como cotizaciones, bonos pensionales, comisiones, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: CONDENAR** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **DESIREE MURCIA CELEDÓN**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas.

**SEXTO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Protección S.A. Las de primera, se revocan y correrán solo a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

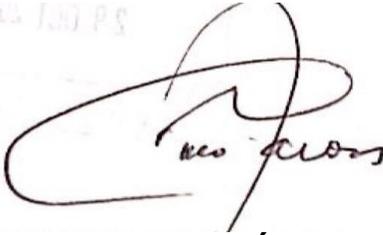


**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

MIC 130 P S



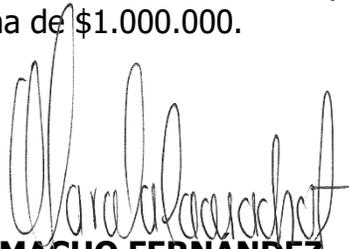
**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**

Magistrado  
(salva voto)

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

### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** JAVIER RODRÍGUEZ TIGUAQUE  
**Demandadas:** COLPENSIONES, AFPs PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL S.A.  
**Radicado No.:** 12-2019-00524-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Javier Rodríguez Tiguaque instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y, en consecuencia, se ordene anular los traslados entre administradoras del RAIS; se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en a cuenta de ahorro individual; a Colpensiones recibir al actor en el RPMPD sin solución de continuidad y se proceda a corregir la historia laboral; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 17 de agosto de 1961; que cumple la edad para pensionarse en el año 2023; que se afilió al RPMPD el 29 de octubre de 1979 cotizando un total de 116 semanas en el ISS; que en el año 1999 se trasladó de régimen; que no se le suministró la información suficiente al momento de realizar el traslado y que realizó traslados entre administradoras del RAIS.

(fols. 1 a 18).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 116); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones.**

**3.1. Colpensiones.** Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la parte actora gozaba de plena autonomía para realizar el traslado de régimen; que era consciente sobre el formulario que suscribió para trasladarse de régimen; que la elección del régimen fue de manera libre, espontánea y sin presiones; que el demandante fue válidamente afiliado a la AFP Protección S.A.; que no se probó error, fuerza o dolo; como excepciones propuso las que denominó prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido; buena fe y finalmente declaratoria de otras excepciones (Fols. 117 a 122).

**3.2. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones aduciendo que la afiliación goza de plena validez ante la ley; que el traslado no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario; que el demandante al venir de otra administradora del RAIS debía tener conocimiento del funcionamiento del mismo; que la asesoría cumplió con todos los parámetros exigidos por la normatividad vigente; que a la fecha de presentación de contestación de la demanda no tiene vínculo alguno con la parte actora; que ha cumplido con la totalidad de obligaciones establecidas en la ley; como excepciones propuso las que denominó prescripción; cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; buena fe y finalmente pagó (Fol 266 a 273)( sub fol 281)

**3.3. AFP Protección S.A.** En respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimiendo que el acto es existente, válido, exento de vicios del consentimientos y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó de manera libre y espontánea; que la firma del formulario representa una forma inequívoca; que el acto de traslado cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que la manera en la que se liquide la pensión de vejez no hace nulo o ineficaz el traslado; que los aportes que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS; que se encuentra dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003; que no hay lugar a que se predique conducta alguna en contra de esta; como excepciones propuso las que denominó 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 a 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 y finalmente 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. (fols. 163 a 179).

**3.4. AFP Porvenir S.A.** En su contestación al libelo demandatorio se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda señalando que el traslado de régimen fue completamente válido; que la CSJ se ha referido a casos en los que los afiliados eran beneficiarios del régimen de transición; que el actor no aporta prueba que permita concluir que su traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento; que el promotor de la litis recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio objetivos; que la devolución de los rendimientos y demás gastos dejaría al demandante en una situación más favorable; que al no haber fundamento de las pretensiones de la demanda debe ser absuelta; como excepciones propuso las que denominó prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y finalmente buena fe. (Fol 216 a 236)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 9 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del

RPMPD al RAIS y por tanto válidamente vinculado al RPMPD. En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en el RAIS; condenó a las AFP Porvenir S.A., SKANDIA S.A. a devolver a Colpensiones a través de la AFP Protección S.A. los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Protección S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia; declaró no probadas las excepciones propuestas y finalmente condenó en costas de esta instancia a la AFP Protección S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento el artículo 13, 36, 59, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 663 de 1993; el Decreto 656 de 1994; el Decreto 692 de 1994; el Decreto 720 de 1994; el artículo 6 y 60 del C.P.T. y de la SS; el artículo 164 y 167 del C.G.P.; y las sentencias C 789 de 2002, 1024 de 2004, 062 de 2010, SL 3871 de 2021, 373 de 2021, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 1689 de 2019, 12136 de 2014 y la 4360 de 2019; señalando que las AFP deben garantizar que al momento de la afiliación o traslado existió una decisión informada y que esta última guio al afiliado a tomar la decisión; que el afiliado debe conocer las ventajas, desventajas o incidencias; que es deber de las AFP demostrar que no existió irregularidad al brindar la información suficiente al potencial afiliado; que la sanción a la afiliación desinformada es la ineficacia; que la verificación de la información se da desde la primera afiliación o traslado de régimen; que la solicitud de vinculación sólo contiene datos personales y laborales pero de ello no se puede deducir el cumplimiento del deber de información; que del interrogatorio de parte no se evidencia ninguna confesión; que los actos de relacionamiento deben ser de tal envergadura que no le quede duda al operador judicial que la voluntad del demandante era de permanecer en dicho régimen; que las AFP deben retornar los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y finalmente que la prescripción no es posible aplicarla debido a su conexidad con el derecho de la seguridad social.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

**5.1. COLPENSIONES.:** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación contra el fallo proferido en primera instancia señalando que en el presente caso se configuran los actos de relacionamiento.

**5.2. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** En su alzada arguyó que no está en la legislación laboral de conformidad con el decreto 3925 de 2008 la devolución de los costos de administración; que la jurisprudencia es un auxiliar de la actividad judicial; que dichos rubros fueron pagados a través de una póliza para el cubrimiento de una posible invalidez o muerte; que no cuenta con dichas sumas que fueron descontadas; que el tribunal de la ciudad de Cali ha señalado que no es dable declarar la indexación dado que ya al devolverse la totalidad de los aportes más los rendimientos sin descuento alguno en ella se incluyen los rendimientos y se estaría dando la compensación la devaluación que se hubiere causado; que de confirmarse la sentencia se evalué el fenómeno de la prescripción por lo que solicita se aplique el artículo 1081 del Código de Comercio.

**5.3. AFP Porvenir S.A.:** Presentó recurso de apelación específicamente frente al numeral cuarto señalando que al momento de la afiliación del demandante con Porvenir esta cumplió a cabalidad con el deber de información en los términos y condiciones establecidos para el año 1999, 2001 y 2003; que se está frente a un imposible jurídico

inmaterial; que se pretende que se demuestre el cumplimiento de requisitos que no se encontraban vigentes para la época; que el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas como estaban con anterioridad por lo que equivaldría a que esta AFP no administró los dineros del demandante; que en ambos regímenes se hace una destinación a gastos de administración; que se configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; que los gastos de administración no hacen parte del porcentaje que se utiliza para financiar las prestaciones económicas, por lo que solicita se revoque dicho numeral.

**5.4. AFP Protección S.A.** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero del fallo proferido en primera instancia señalando que la comisión de administración es un descuento autorizado por la ley 100 de 1993; que son descuentos que operan en ambos regímenes; que se configura un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que existe lugar a las restituciones mutuas; que al ser efecto de la ineficacia el retrotraer las cosas a su estado inicial, en ese entendido esta AFP no debió de administrar los recursos del demandante; que la sentencia es violatoria al principio de inescindibilidad de la norma; que los gastos de administración y las primas de la aseguradoras no se encuentran en las ganancias de la AFP y finalmente que frente a las comisiones de administración opera el fenómeno de la prescripción.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor aduciendo que la codemandada Colmena – hoy Protección S.A. no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el 1 de febrero de 1999, y sus posteriores traslados horizontales efectuados entre administradoras del RAIS, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y los artículos 13 Literal B y 271 de la Ley 100 de 1993.

**6.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y las AFP Protección S.A. - Porvenir S.A. y Old Mutual S.A, es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del traslado de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019, por lo que habrá de confirmarse la declaratoria de la ineficacia en este proveído.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Javier Rodríguez Tiguaque, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 29 de octubre de 1979, con cotizaciones hasta el 30 de enero de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (fols. 44 a 48); que suscribió formulario con la AFP Colmena con fecha del 1 de febrero de 1999 (fol. 184); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 25 de octubre de 1999 (fol. 225); que suscribió formulario con la AFP Santander con fecha 22 de junio del 2000 (fol. 185); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Skandia S.A. con fecha del 6 de marzo de 2008 (fol. 279); y finalmente que el 29 de diciembre de 2012 se trasladó a la AFP Protección de conformidad con la plataforma del SIAFP (fol. 187) donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a

lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, las AFP demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFPs al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

### **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFPs del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al

potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 1 de febrero de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. hoy Skandia S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por las AFPs, pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: “...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces” (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión de los fondos demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a las AFPs a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido, así mismo comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

## **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible, por lo que se despacha negativamente este punto de alzada.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 9 de noviembre del 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, así mismo a devolver las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

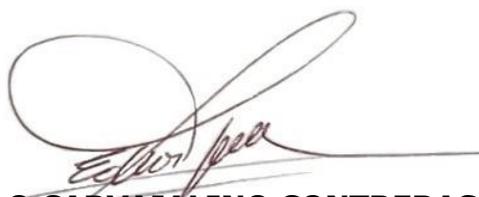
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de **AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Las de primera, se confirman.

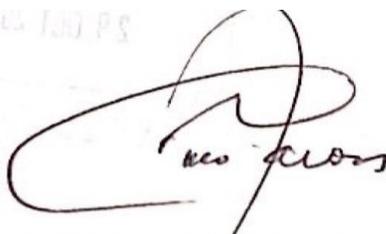
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

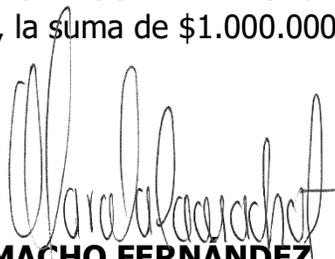


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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

#### **AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas **AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** LUIS ANTONIO GUERRERO BENAVIDES  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicado No.:** 15-2020-00429-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Luis Antonio Guerrero Benavides instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación realizada al fondo de pensiones privado dado a que lo asesoró equivocadamente y, en consecuencia, se ordene su traslado a Colpensiones junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y, a esta última a aceptar el traslado; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 31 de diciembre de 1965 e inició su vida laboral cotizando al ISS un total de 703 semanas. Refirió que para el año 2000 se trasladó de régimen al RAIS, sin embargo, no se le brindó la información suficiente, clara y comprensible para tomar la decisión. Agregó que la mesada a recibir en el RPMPD es mucha más favorable que la que obtendría en el RAIS y que existió un vicio en el consentimiento. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda)

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

**3. Contestación de demanda**

**3.1. Colpensiones.** Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando para tal efecto que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso por lo que son hechos ajenos a esta. No obstante, indicó que el actor se encuentra válidamente afiliado a la AFP Protección. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 18EscritoContestacionColpensiones)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio con fundamento en que en ningún momento faltó a su deber de información, dado que la asesoría brindada fue totalmente veraz y que se realizó conforme a la normatividad de la época. Indicó que los cambios normativos no pueden ser previstos por la entidad y por ende el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP. ((Expediente electrónico, PDF 21EscritoContestacionProteccion)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS y como consecuencia ordenó la AFP Protección S.A. trasladar los recursos y sumas que obran en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos con destino a Colpensiones y a esta última a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que alguna vez tuvo y los acredite como sumas efectivamente cotizadas en el RPMPD. No condenó en costas.

La decisión del juez tuvo sustento en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y las sentencias SL 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 17595 de 2017, 4964 de 2018, 361 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019, 1689 de 2019, 373 de 2021, 1715 de 2021, y 1309 de 2021, precisando para tal efecto que las AFP desde su creación tienen el deber de brindar una información clara, completa y comprensible a los potenciales afiliados; que la firma del formulario y sus afirmaciones en formatos preimpresos a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que se debía dar una ilustración de las características, ventajas, desventajas y riesgos de cada uno de los regímenes; que la carga de la prueba debe invertirse a favor del afiliado; que no se acredita por parte de la demandada haber cumplido con el deber de información al momento del traslado del demandante; que del interrogatorio de parte no se puede desprender una confesión ya que los datos informados por el actor son insuficientes para dar por entendido el cumplimiento del deber de información.

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Parte demandante.** Alegó en su favor aclarando que en ningún momento lo que se busca es la conservación de los beneficios transicionales sino la garantía del derecho a la información, ya que a la fecha no ha solicitado ni ostenta el status de pensionado. Sostuvo que no le informaron las ventajas ni las desventajas de estar afiliado al Régimen de Ahorro Individual, ni antes de trasladarse de régimen, ni durante el tiempo que ha estado afiliado, lo cual conllevó a que hoy luego de haber creído en el sistema pensional y de haber confiado sus aportes se evidencie un perjuicio causado por la falta de experticia y de debida diligencia de los asesores comerciales de dicho fondo de pensiones.

**5.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP Protección S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Luis Antonio Guerrero Benavides, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de marzo de 1985, con cotizaciones hasta el 31 de marzo de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (Expediente administrativo) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección S.A. el 9 de marzo de 2000 (Expediente electrónico, PDF 21EscritoContestacionProteccion), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

#### **Carga probatoria y deber de información**

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000 - la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de

obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

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

### **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

## **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópicamente encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de AFP PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

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

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

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutoria del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como gastos de administración y comisiones, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado

estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia no se impondrán costas a cargo de ninguna de las partes por haber sido estudiado en el grado jurisdiccional de consulta.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral primero de la sentencia proferida el 23 de noviembre del 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, gastos de administración y comisiones, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

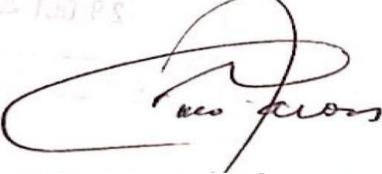
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**TERCERO: SIN CONDENA** en costas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ALEJANDRO ARDILA HERRERA  
**Demandadas:** COLPENSIONES, AFPs PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.  
**Radicado No.:** 29-2021-00214-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

En el mismo sentido se reconoce personería para actuar al Dr. NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la AFP Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Alejandro Ardila Herrera instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFPs Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen efectuado del RPMPD al RAIS y como consecuencia de dicha declaración se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones encaminadas a anular el traslado de régimen y recibir sin solución de continuidad al demandante; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 27 de agosto de 1962, se afilió al ISS el 27 de julio de 1981 y el 1 de agosto de 1995 se trasladó de régimen con la AFP Porvenir S.A., sin que le brindara información clara y suficiente. Refirió que entre el 1 de enero de 1997 y el 31 de agosto de 2006 se trasladó a la AFP Colfondos S.A. (Expediente electrónico, PDF 001Demanda).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 005NotificacionColpensionesyAgenciaNacional20210712);

sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestación de demanda**

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando para tal efecto que el acto de traslado es válido; que de las documentales allegadas no se puede desprender o configurar un vicio del consentimiento; que el demandante escogió su régimen pensional en ejercicio de su derecho a la libre escogencia; que se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; que ha actuado con apego estricto a las disposiciones normativas. Como excepciones formuló las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica de reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y genérica. (Expediente electrónico, PDF 006ContestacionColpensiones20210713).

**3.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio con fundamento en que las costas dependen de la prosperidad de las pretensiones; que no existen fundamentos para la prosperidad de las pretensiones; que siempre ha actuado con buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, innominada, compensación y pago. (Expediente electrónico, PDF 004ContestacionDemandaColfondos20210709).

**3.3. AFP Porvenir S.A.** La convocada a juicio se opuso a todas las pretensiones de la demanda aduciendo que la suscripción del formulario de afiliación fue de manera libre, espontánea y completamente informada. Indicó que el actor recibió asesoría de manera verbal con la información necesaria y que le compete aquel demostrar los vicios del consentimiento que alega. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 008ContestacionPorvenir20210727).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 25 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación del RPMPD al RAIS, señalando que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó y siempre permaneció en el RPMPD. Así las cosas, ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones y rendimientos; a Colpensiones recibir de la aquella todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. No condenó en costas a ninguna de las partes.

La decisión del Juez tuvo sustento en la sentencia SL 31989 de 2008 señalando para tal efecto que se debía brindar información suficiente a la fecha del traslado; que la simple firma del formulario no es prueba de un consentimiento información; que el deber de los fondos ha tenido varias etapas y han venido evolucionando; que se debían indicar las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes; que no se logró demostrar por ningún medio el cumplimiento del deber de información y que la AFP debe devolver los aportes y rendimientos a Colpensiones.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por Colpensiones señalando que se adicione e incluya la devolución de gastos de administración.

## 6. Alegatos de conclusión

**6.1. Colpensiones.** Refirió en su escrito que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y las AFP demandadas, es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

**6.2. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 de la misma disposición.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme

se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Alejandro Ardila Herrera, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 27 de julio de 1981, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (expediente administrativo); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 30 de agosto de 1995 (Expediente electrónico, PDF 008ContestacionPorvenir20210727, pág. 45); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos con fecha del 16 de diciembre de 1996 (Expediente electrónico, PDF 0004ContestacionDemandaColfondos20210709, pág. 89) y finalmente que suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy Porvenir con fecha del 7 de julio de 2006 (Expediente electrónico, PDF 008ContestacionPorvenir20210727, pág. 61), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

### **Carga probatoria y deber de información**

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

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

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

todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

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

## **Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo**

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

## **Traslado entre varias administradoras del RAIS**

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Porvenir S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 30 de agosto de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

## **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

(...)

*Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no se hizo extensiva la condena a COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., asimismo, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem, como correctamente lo solicita Colpensiones. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como

lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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

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

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia no se impondrán costas, por haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre del 2021 y, en consecuencia, **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como comisiones, los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a

**SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, de conformidad con lo motivado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

**CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** CARLOS EDUARDO DIAZ MORALES  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 07-2020-00154-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Carlos Eduardo Diaz Morales instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., con el fin de que se reconozca la ineficacia de la afiliación y de forma subsidiaria la nulidad del traslado de régimen pensional que realizó con la AFP y, por tanto, se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD. En consecuencia, se condene al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones, todos y cada uno de los aportes que efectuó, incluyendo los rendimientos y sin efectuar ningún tipo de descuento; a que esta última reactive la afiliación, reconozca la pensión de vejez, retroactivo pensional, intereses moratorios consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que empezó a cotizar a seguridad social en pensiones desde el 23 de noviembre de 1978 y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte en 1998, sin que se le brindara información suficiente, dado únicamente se limitó a firmar el formulario de afiliación. Indicó que el 1 de septiembre de 2010 fue aceptado y trasladado al ISS, razón por la cual solicitó pensión de vejez, la cual fue negada por Colpensiones mediante Resolución SUB304123 del 5 de noviembre de 2019.

Sostuvo que posteriormente Colpensiones a través de la Resolución DPE 1347 del 27 de enero de 2020 se declaró incompetente para resolver la prestación económica. Refirió que acredita un total de 1302,14 semanas y cotizó al fondo de pensiones un total de 258 semanas, en el periodo comprendido entre septiembre de 1998 a junio de 2000, y desde febrero de 2015 a octubre de 2018. (Expediente electrónico, PDF 05. Subsanación Demanda, págs. 1 a 19)

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

### **3. Contestación de demanda**

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Indicó que aunque el 1 de septiembre de 2010 fue aceptado el trasladado al I.S.S. (hoy COLPENSIONES) al demandante, no obstante, ello obedeció a un error, como se señala en la Resolución DPE 1347 del 27 de enero de 2020, ya que para la fecha, es decir para el año 2010 el demandante contaba con 53 años de edad encontrándose inmerso en una provisión legal, más aún cuando Colpensiones requirió a la Dirección de Afiliaciones y la misma dio respuesta informando que el demandante se encuentra afiliado a Horizonte hoy AFP Porvenir desde 1998.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó 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, innominada e inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones. (Expediente electrónico, PDF 09. Contestación Colpensiones)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones del libelo introductorio con fundamento en que el traslado de régimen pensional efectuado es completamente válido ya que está brindó la información pertinente y necesaria; que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015 las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; que el demandante no allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación; que la solicitud de devolución de los rendimientos financieros obtenidos en el RAIS desborda los efectos de la ineficacia, por lo que pondrían al actor en una condición diferente a la que se encontraba. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 12. Contestación Porvenir)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante del RPMPD al RAIS; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexados; ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante desde su afiliación inicial al ISS, además de reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez una vez se acredite su desafiliación al sistema; declaró no probadas las excepciones propuestas; y finalmente, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del juez tuvo sustento en el Decreto 663 de 1993; Decreto 656 de 1994; el artículo 1603 del Código Civil; Ley 1328 de 2009; Ley 1748 de 2014; Decreto 2071 de 2015; el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; el artículo 167 del Código General del Proceso; las sentencias C 1024 de 2004, SL 1452 de 2019 y 1688 de 2019; señalando para tal efecto que la información necesaria es la descripción de las características, condiciones de acceso de cada régimen, además de las ventajas, desventajas y riesgos; que desde la expedición de la ley 100 de 1993 tenían el deber de información a favor de los trabajadores que se pretendían trasladar de régimen; que la AFP Porvenir debió suministrarle la información suficiente al demandante; que el demandante contaba con más de 800 semanas en el RPMPD por lo que es beneficiario del régimen de transición; que la AFP Porvenir debió suministrar las pruebas que lleven a concluir que si se le brindó la información suficiente y el cumplimiento de su deber de información; que el formulario de afiliación no es suficiente pues se encuentra acreditado que el demandante no tenía conocimiento de las características del RAIS; que la AFP Porvenir debe devolver la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual como capital, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones a cargo de sus propias utilidades de manera indexada y finalmente que Colpensiones debe reconocer, pagar y liquidar la pensión de vejez del demandante.

## **5. Impugnación y límites del ad quem.**

**5.1. Demandante.** En la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se concedan los intereses moratorios teniendo en cuenta que Colpensiones tuvo dentro de su expediente toda la historia laboral del demandante y aceptó el traslado en su oportunidad y negó la solicitud aun cuando tenía el soporte probatorio de que se podía generar el traslado en virtud de la sentencia SU 062 de 2010 y por ende tenía la obligación de reconocimiento a partir de que se hizo la radicación.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** Interpuso recurso de apelación señalando que el demandante está válidamente afiliado al RAIS ya que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria; que la SIF ha indicado que la obligación de probar información clara, cierta y comprensible nació en el ordenamiento jurídico únicamente a partir de la entrada en vigor del Decreto 2241 de 2010; que el deber de asesoría solo se estableció con la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015; que para la época en la que se dio el traslado no existía la obligación de brindar la información que se tiene hoy en día; que la condena a la devolución de gastos de administración, rendimientos y todos los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual es desproporcionada; que esos conceptos son descontados en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

**5.3. Colpensiones.** Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que los vicios en el consentimiento deben ser demostrados por las partes que los alegan; que se debe tener presente la sentencia con radicado 0720150082201 con fecha 25 de octubre de 2017 del Tribunal Superior de Bogotá, magistrado ponente Manuel Serrano Vaquero, en la que se manifestó que no se aportaron pruebas pertinentes y suficientes por quien tenía la carga de la prueba, es decir, el demandante; que cualquier duda interpretativa de las normas constituye un error de derecho que no tiene alcance para viciar el consentimiento; que al haber transcurrido más de 21 años se configura un imposible para demostrar las circunstancias que rodearon el traslado y que se genera un detrimento patrimonial del sistema por lo que solicita se revoque la sentencia y sea absuelta de las condenas impuestas.

## 6. Alegatos de Conclusión

**6.1. Parte demandante.** Alegó en su favor aduciendo que en cuanto a los intereses moratorios, contemplados en el Artículo 141 de la ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta que se encontraba vinculado con Colpensiones al momento de solicitar su pensión de vejez, razón por la cual, la institución pública expidió la resolución SUB 304123 del 5 de noviembre de 2019, en la cual negó la pensión de vejez. Indicó que durante más de 10 años, la entidad lo mantuvo como afiliado activo a su institución, recibiendo los aportes a pensión durante todo este lapso, a tal punto que llegó a estudiar si podía acceder o no a la pensión de vejez, conforme al Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, configurando verdaderas razones objetivas que lo llevaron al total convencimiento de que se encontraba válidamente afiliado a la entidad de pensiones pública, por lo que la entidad, no podía alegar la falta de competencia, en razón de la multiafiliación al momento de resolver la apelación de la solicitud de pensión de vejez.

**6.2. Colpensiones.** En su escrito argumentó que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante contaba con 54 años pues nació el 14 de marzo de 1964, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003. Refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

**6.3. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que las AFP PRIVADAS hubieran omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario

que el accionante fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima o se demostrara que se le ocasionó algún daño o perjuicio?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia y la consecuente devolución de gastos de administración prescribe?; (vii) ¿El promotor del proceso tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión de vejez, en caso positivo, a partir de qué fecha?; y (viii) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al no reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene incólume actualmente entre otras en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que el señor Carlos Eduardo Díaz Morales, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de noviembre de 1978, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente administrativo, historia laboral); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. con fecha del mes de abril de 1998 (Expediente electrónico, PDF 12. Contestación Porvenir, pág. 36), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. Cabe aclarar que si bien es cierto Colpensiones resolvió en forma negativa mediante actos administrativos SUB 304123 de 05 de noviembre de 2019 y SUB 332916 del 05 de diciembre de 2019 la solicitud de pensión de vejez que realizó el accionante, no obstante, la misma entidad a través de la Resolución DPE 1347 de 27 de enero de 2020, validó la vinculación del accionante al Régimen de Ahorro Individual, misma que fue aprobada a partir del 1 de septiembre de 1998 y, por tanto, dispuso que la petición de la prestación económica fuese trasladada al fondo de pensiones privado, por ser la entidad competente para dar respuesta a la misma, ya que es la entidad donde se encuentra afiliado.

### **Carga probatoria y deber de información**

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

en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca

las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado.

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

### **Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos**

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

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

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Así las cosas, se debe indicar que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS, es claro que debe COLPENSIONES recibir al actor sin solución de continuidad en su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, recibir los aportes por parte de la AFP y consolidarlos en la historia laboral.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 – sentencia de instancia-).

### **Excepción de prescripción**

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL 1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Reconocimiento pensional**

Para resolver este punto, baste con traer a colación la sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, en la que la Corte expresó que al declararse la ineficacia del traslado: *"implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que aquella nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida"*.

### **Régimen de transición**

Ahora, colige la Sala que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues, aunque al 1 de abril de 1994, no contaba con 40 años, ya que acredita 36 años, por haber nacido el 6 de agosto de 1957 (Expediente electrónico, PDF 02. Anexos Demanda, pág. 8), para el 1 de abril de 1994 contaba con 801,14 semanas cotizadas en el RPMPD y, por lo tanto, es beneficiario del régimen de transición.

### **Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990**

Bajo los anteriores parámetros, para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable al demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en razón a que el demandante fue trabajador del sector particular, venía cotizando al ISS, desde el 23 de noviembre de 1978, y es por lo que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

**Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005, debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010** y en caso de a dicha fecha los afiliados no hubieren cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderles el régimen de transición hasta **diciembre del año 2014**, siempre que tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del citado acto legislativo.

En este caso el demandante cumplió con el requisito de edad de los **60 años hasta el 6 de agosto de 2017**, en tanto, que el actor nació el mismo día y mes del año 1956, es decir, cuando ya se encontraba en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005 y, además, cuando se encontraba superado el límite previsto para que se le extendiera el régimen de transición, por tanto, contrario a lo colegido por el A quo, no es posible acceder a la pensión de vejez bajo los postulados del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

### **Pensión de vejez Ley 797 del 2003**

Teniendo en cuenta que el actor no es beneficiario de la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, la Sala entrará a verificar si cumple con las condiciones de la Ley 797 de 2003, para que le sea reconocida la prestación económica.

Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

#### **i) edad**

El demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 6 de agosto de 2019, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1957, como da cuenta la fotocopia de su cédula.

#### **ii) semanas**

Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones se evidencia que el demandante cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.314 semanas al 31 de octubre de 2018 de acuerdo con la historia laboral de la AFP Porvenir. Por tanto,

tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003 y en tal sentido se modificará el numeral 5 de la sentencia consultada y apelada.

Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990, tal y como lo indicó el fallador de primera instancia. Finalmente, debe señalarse que la pensión del actor debe liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicándole una tasa de reemplazo de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de dicha normatividad.

### **Intereses Moratorios**

Frente a la solicitud de la parte demandante a la declaratoria del pago de intereses moratorios por parte de Colpensiones, debe indicarse que de conformidad con las sentencias SL 1689 de 2019 y SL 1349 de 2021 no es procedente se genere dicha declaratoria, pues la obligación del pago de la prestación económica por vejez por parte de Colpensiones nace solo a partir de la declaratoria de ineficacia del traslado de la parte actora.

De lo que viene dicho, para la Sala se impone la confirmación en lo que hace a este punto la sentencia de primer grado.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, ante la no prosperidad de los recursos de apelación. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral tercero de la sentencia proferida el 30 de noviembre del 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral quinto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar, el cual, quedará de la siguiente forma:

*"**QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES** a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez conforme los lineamientos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 del 2003 a favor del Carlos Eduardo Díaz Morales. La pensión deberá ser reconocida a partir de que el señor demandante acredite su desafiliación al sistema de pensiones."*

**TERCERO:** En lo demás **MANTENER** incólume la sentencia apelada y consultada.

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

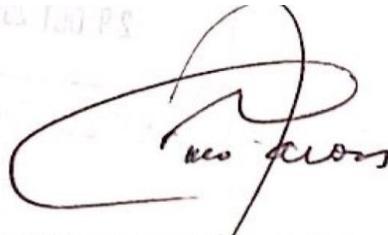
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** OLGA JUDITH RODRÍGUEZ SANTOS  
**Demandada:** COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**Radicado No.:** 28-2020-00248-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Olga Judith Rodríguez Santos instauró demanda ordinaria contra AFP Protección S.A., Colpensiones y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación o ineficacia realizada con la primera de ellas y, en consecuencia, se condene a que Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, la devolución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con todos los rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de cuenta; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 1 de febrero de 1982 hasta el 31 de octubre de 1994, cotizando un total de 645.71 semanas. Refirió que el 8 de octubre de 1994 suscribió vinculación al RAIS, al afiliarse a la AFP Davivir, sin recibir la asesoría que se requería para que de manera informada tomará una decisión libre y consciente. Indicó que el 26 de mayo de 1999 suscribió vinculación a Colfondos S.A., no obstante, tampoco recibió la asesoría que se requería. (Expediente electrónico, PDF 01Demanda)

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

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que se encuentra que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambió de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el art. 1754 del C.C. pues acepta las condiciones que hacen parte de este régimen. Sostuvo que el Decreto 2241 de 2010 expresa que es un deber legal como afiliado del Sistema General de Pensiones estar pendiente de su estatus pensional,

además, la afiliada no puede trasladarse de régimen por cuanto le falta diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En su defensa propuso las excepciones de mérito denominadas hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y genérica. (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionColpensiones)

**3.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías.** Al dar contestación del libelo introductor se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimiendo que brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias, prescripción, compensación, pago y genérica. (Expediente electrónico, PDF 11ContestacionColfondos)

**3.3. AFP Protección S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Indicó que del formulario de vinculación que suscribió la actora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada.

Esbozó que la citada manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al fondo de pensiones y un acto válido y existente.

En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la Obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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. (Expediente electrónico, PDF 12ContestacionProteccion)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 7 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el 8 de octubre de 1994 y, en consecuencia, declarar la afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida. Así las cosas, condenó a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna

por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual; a Colpensiones activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico dilucidar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual. Con tal propósito, sostuvo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el presente asunto debe abordarse bajo el ámbito de la ineficacia del traslado del régimen pensional y, por tanto, le corresponde a la AFP Protección S.A. la carga de probar en qué circunstancias le hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones del traslado del régimen y si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y la verdadera situación frente a los dos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el mejor que conviniera.

Así, colige que no se logró acreditar que la demandante recibió información de la AFP Davivir sobre las ventajas y desventajas que conlleva el cambio de régimen al momento de acogerla como afiliada, aspecto que no puede concluirse del formulario de afiliación como lo aduce la accionada, situación que constituye omisión en su deber de información y por tanto impone declarar la ineficacia de este. (Expediente electrónico, audio 11001310502820200024800s20220152781 03\_07\_2022 05\_46 PM UTC (1))

**5. Alegatos de conclusión.** El demandante alegó en su favor que al momento de la afiliación y traslado al RAIS, el fondo de pensiones no le informó ni asesoraron en forma adecuada acerca de las características del RAIS, así como de los requisitos, fluctuaciones y demás elementos determinantes para el acceso a su derecho pensional.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación

se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que Olga Judith Rodríguez Santos, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de febrero de 1982, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad; que suscribió formulario de afiliación con la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A. el 8 de octubre de 1994 y que con posterioridad se afilió con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías S.A. el 26 de mayo de 1999, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

### **Carga probatoria y deber de información**

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(...) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)"*.

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

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

Por tanto, las AFPs sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: *"la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen"*.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP Davivir S.A. hoy Protección S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 8 de octubre de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por aquella a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

*(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Protección S.A. y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a Colpensiones.

Ahora, como no se hizo extensiva la condena a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías S.A., asimismo, no congloba de manera expresa el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión de los fondos demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Costas**

En segunda instancia no se impondrán costas a cargo de ninguna de las partes por haber sido estudiado en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se confirman.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

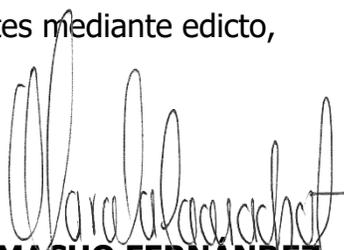
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de marzo de 2022 y, en consecuencia, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como comisiones, rendimientos, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexada desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, de conformidad con lo motivado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** devolver a Colpensiones el porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

**CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS.** Las de primera se confirman.

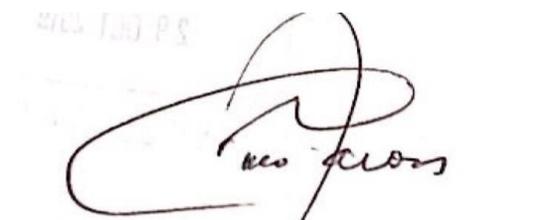
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** ESPERANZA DIAZ ARDILA  
**Demandada:** UGPP  
**Radicación:** 21-2020-00323-01  
**Tema:** APELACIÓN SENTENCIA- PENSIÓN CONVENCIONAL- MESADA 14- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Esperanza Diaz Ardila, instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, teniendo 20 años de servicio y sin haber cumplido la edad de 50 años; que causó su derecho pensional en la citada fecha, tal y como lo establece el parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999. Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se disponga a su favor a restablecer, liquidar y ordenar el pago de la mesada 14 desde el 10 de abril de 2008, de manera indexada y junto con el pago de costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, siendo terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1999. Refirió que adquirió su derecho pensional convencional el 27 de junio de 1999, la cual se hizo exigible una vez cumplió la edad de 50 años, esto es, 10 de abril de 2008. Indicó que mediante la Resolución núm. 6057 del 30 de abril de 2008, le fue reconocida la citada prestación económica, con una mesada pensional de \$2.605.634, sin embargo, no le fue reconocida el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce. (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos, págs. 22 a 33)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 06NotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

**3. Contestación de la demanda.** Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el actor no tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la mesada catorce o mesada adicional de junio. En lo que hace a los supuestos aceptó los mismos y en su defensa formuló las excepciones de fondo que

denominó cobro de lo no debido, prescripción, sobre la indexación y costas y genérica.

(Expediente electrónico, PDF 09ContestaciónDeLaUGPP)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 10 de marzo del 2022, en la que la falladora declaró que la accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada 14; y probada parcialmente la excepción de prescripción. En consecuencia, condenó a la demandada a reconocer y pagar a su favor la suma de \$20.071.804 por concepto de retroactivo pensional, debidamente indexado. Así mismo, declaró que la pensión de jubilación reconocida a la actora por la UGPP es compartida con la pensión de vejez que fuere o llegare a ser reconocida por Colpensiones, quedando a cargo de la UGPP sólo el mayor valor, y la mesada adicional de junio, por el valor completo de la mesada pensional, en caso de no ser reconocida por la AFP y así sucesivamente año a año; además, condenó en costas a la encartada.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si la demandante es o no beneficiaria de la mesada adicional de junio o mesada catorce de la pensión de jubilación convencional reconocida a partir del 10 de abril de 2008. Con tal propósito, señaló que está demostrado que la trabajadora laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 1 de febrero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, tal y como se desprende de la Resolución núm. 6057 del 30 de abril de 2008, por medio de la cual se reconoció la prestación.

En esa medida y luego de hacer alusión al artículo 142 de la Ley 100 de 1993, sostuvo que la mesada 14 se vio limitada con el Acto Legislativo 001 de 2005, no obstante, de conformidad al referente jurisprudencial de la Corte Constitucional y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a la demandante le fue reconocida la pensión de jubilación convencional a partir del 10 de abril de 2008, en cuantía de \$2.605.634, empero la causación del derecho lo fue a partir del 27 de junio de 1999, esto es, cuando se desvinculó y cumplió 20 años de servicio, si se atiende al hecho que la edad es solo un requisito de exigibilidad o disfrute.

Así las cosas, adujo que la actora ya contaba con el derecho definido al momento de la entrada en vigor del Acto Legislativo 001 de 2005, el cual empezó a regir el 29 de julio de 2005, por tanto, no le serían aplicable dicha disposición y, por tanto, tiene derecho a que le sean pagadas las 14 mesadas pensionales al año. En lo que hace a la excepción de prescripción propuesta, indicó que la prestación le fue reconocida el 10 de abril de 2008, que presentó reclamación el 20 de noviembre de 2019 y la demanda fue radicada el 23 de septiembre de 2020, por lo que las mesadas causadas antes del 20 de noviembre de 2016 se encuentran afectadas por la prescripción, de conformidad con los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS. Precisó que la pensión convencional a que tiene derecho es de carácter compartida con la pensión de vejez que pudiera reconocer Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el artículo 5 del Decreto 2879 de 1985.

(Expediente electrónico, audio 17Audiencia10Marzo2022)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la accionada interpuso recurso de apelación señalando que no es procedente el pago de la mesada pensional adicional de junio, puesto que su derecho pensional se causó en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, toda vez que de conformidad con la Resolución núm. 6057 del 30 de abril de 2008, adquirió el estatus de pensionada el 10 de abril de 2008, con una mesada pensional de \$2.605.634, por lo que no cumple con los requisitos establecidos en la citada disposición. Indicó que como no es procedente la pretensión principal los demás pedimentos pierden sustento, de ahí que no debe ser condenada en costas impuesta, a más porque no actuó de forma dilatoria, temeraria y de mala fe.

(Expediente electrónico, audio 17Audiencia10Marzo2022)

**6. Alegatos de conclusión.** La **demandada** alegó en su favor aduciendo que el Acto Legislativo N.º 01 de 2005, de forma general, eliminó el derecho a la mesada 14, para quienes cumplieran requisitos a partir de la entrada en vigencia de ese Acto Legislativo, es decir, que quienes ya se encontraban pensionados continuarían recibiendo las catorce mesadas, pero quienes cumplieran los requisitos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma, sólo recibirían trece mesadas. Por otro lado, refirió que para que proceda la condena en costas es necesario que aparezca probado en el expediente que se causaron y, además, el juez al momento de fijar el monto deberá analizar las circunstancias en cada caso. En ese sentido, la determinación de las costas no es una consecuencia automática dentro del proceso, pues, para imponerlas, el Juez debe analizar la conducta asumida por las partes y determinar si estas se probaron y causaron.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por la demandada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

- (i) ¿A la demandante le asiste derecho al pago de la mesada 14, o si por el contrario su derecho se vio afectado como consecuencia de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005?
- (ii) En caso de resultar positiva la respuesta, se deberá igualmente establecer ¿La pensión de jubilación convencional es compartible con la pensión de vejez que pudiese ser reconocida por Colpensiones a la demandante?

### **Mesada adicional de junio**

Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenio en torno a que la actora estuvo vinculada a la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero mediante contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 1 de febrero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999; tampoco que el derecho pensional se concedió a la luz del parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, con 22 años y 117 días y 55 años, que se advirtieron satisfechos al 10 de abril de 2008, cuya cuantía inicial correspondió a la suma de \$2.605.634.

En ese orden, se recuerda que las pretensiones de la actora se orientan a obtener el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio, punto sobre el cual es necesario precisar que, por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce es procedente para todos los pensionados, con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1° de enero de 1988.

Ahora bien, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En consecuencia, para determinar si en efecto, la reforma constitucional del año 2005 tuvo la virtud de afectar el derecho de la demandante a percibir la mesada catorce, es necesario determinar cuándo se causó su derecho a la pensión por jubilación convencional, recabando que el inciso 8° de dicho acto legislativo precisó que ello ocurre cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, es decir, con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como la demás condiciones que señala la ley.

En ese hilo conductor, se dejó sentado en precedencia que a la demandante se le definió su derecho conforme a la Pensión de Jubilación Convencional contenida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industria y Minero y su Sindicato de trabajadores, vigente entre 1 de enero de 1998 y 31 de diciembre de 1999, cuyo texto es del siguiente tenor:

*"ARTÍCULO 41.- PENSIÓN DE JUBILACIÓN. REQUISITOS. - A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la caja agraria, cuando cumplan 20 años de servicios a la caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de 50 años las mujeres y 55 años los varones, tendrán derecho a que la caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios"*

*PARÁGRAFO PRIMERO.- El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de 20 años de servicios a la institución"*

Sobre el entendimiento de la citada cláusula, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos como el aquí debatido, señaló en sentencia SL526-2018, la cual se reiteró las sentencias SL4550-2018, SL2661-2019 y SL5030-2019, que el parágrafo 1° del texto convencional aplica a los extrabajadores de la entidad, quienes en vigencia del acuerdo perdieron su condición de trabajadores activos, siempre que acrediten haber prestado 20 años de servicio, en tanto que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación. Al respecto, denotó:

*"Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produzca cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.*

*Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.*

[...]

*No ocurre lo mismo, entiende la Corte, cuando la prestación pensional se extiende expresamente a ex trabajadores de la empresa, pues en tal caso, la edad establecida para el acceso a la pensión no está atada a una relación laboral o vínculo jurídico vigente, sino todo lo contrario, a una situación personal o individual, por tanto no puede ser vista como un requisito de estructuración o conformación del derecho, sino simplemente como una condición de su exigibilidad, goce o disfrute.*

*Ante tal situación lo que fuerza concluir es que los requisitos de la pensión así prevista se reducen a dos: la prestación de servicios durante un determinado tiempo, para este caso 20 años, y la desvinculación del trabajador por cuenta propia o por causa imputable a la empresa; y la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional.*

*Es totalmente entendible la anterior afirmación si se observa que el cumplimiento de la edad pensional en estos casos resulta totalmente indiferente a la vigencia de la convención colectiva de trabajo, dado que para el momento en que el extrabajador cumple la edad establecida en la norma pensional convencional se requerirá que la relación laboral haya perdido su vigencia.”*

Al margen de lo anterior, y en lo que estrictamente se refiere al cuestionamiento jurídico, es claro que dicha prestación es concebida para aquellos extrabajadores que estando vigente el acuerdo convencional perdieron su condición y cuando menos hayan laborado para la entidad 20 años de servicio, pues, la edad de 50 años, para el caso que concita la atención de la Sala, es tan solo un requisito de exigibilidad.

Bajo ese presupuesto, como se indicó en líneas atrás expuestas, se encuentra acreditado que la trabajadora prestó sus servicios con la extinta Caja Agraria desde el 1 de febrero de 1977 hasta el 27 de junio de 1999, es decir, por espacio de 22 años y 117 días, momento para el cual, es decir, para la fecha de terminación del laborío se encontraba vigente la cláusula 41 convencional, por lo que es evidente que a partir del 27 de junio de 1999 dejó causado su derecho pensional y por ende, a partir de allí surgió a la vida jurídica .

Conforme a lo anterior, es evidente que la actora que se encuentra dentro de las hipótesis contempladas por el Acto Legislativo 001 de 2005, para recibir el beneficio de la mesada 14, esto es, las personas que aún no se hubieren pensionado, pero que causaron su derecho a la pensión antes de su entrada en vigor, que lo fue el 25 de julio de 2005, de tal forma que los argumentos de defensa de la convocada a juicio no se encuentren llamados a prosperar. Y es que al no quedar duda que la pensión se causó el 27 de junio de 1999, desacertado resulta que la UGPP esgrima que la pensión nació el 10 de abril de 2008, confundiendo la causación con el disfrute del derecho pensional, que bien es sabido son dos figuras jurídicas totalmente diferentes, cada una con efectos propios, como se dijo con anterioridad.

Así, es claro que no podía, entonces, asemejar el disfrute de la pensión materializado en la fecha en que la actora arribó a la edad de 50 años, es decir, al 10 de abril de 2008, con la causación del derecho que lo fue el 27 de junio de 1999, cuando cumplió con los requisitos del parágrafo 1º del texto convencional, acotando, que el otorgamiento de la

mesada 14 a aquellas personas que causaron su derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 de 2005, como el caso de la aquí demandante, por efectos de lo ordenado en el inciso 4° del mismo, no está condicionado a que la mesada pensional sea igual o inferior a 3 salarios mínimos mensuales.

En consecuencia, hay lugar a ordenar el reconocimiento de la mesada 14 a partir de 27 de junio de 1999, tal y con acierto lo concluyó la cognoscente de primer grado, y no desde el 10 de abril de 2008 data para la cual se hizo exigible el derecho a la pensión de jubilación convencional, por manera que de lo anotado y sin más consideraciones que hacer se sigue confirmar en este punto la decisión que bien tomó el A quo.

## **Prescripción**

Frente a ello, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794–2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

*"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."*

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, pues sin duda a la demandante se ubica en los citados supuestos, ya que, aunque la exigibilidad de la prestación económica se dio al momento en que el demandante arribó a la edad de 50 años, esto es, el 10 de abril de 2008, tal como se señaló, al ser la pensión convencional una prestación económica con causación periódica, debe entenderse que el término de prescripción se encuentra interrumpido con cada reclamación que realizó la actora respecto de las mesadas pensionales causadas hasta esa fecha, pero no las posteriores, como se indicó en la citada sentencia.

Ante este panorama, teniendo en cuenta que el derecho a la pensión convencional se hizo exigible el 10 de abril de 2008, y que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esa fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes, operó este fenómeno para este caso en particular así:

Se tiene que la actora elevó reclamación ante UGPP el 20 de noviembre de 2019 y la fecha de presentación de la demanda ocurrió el 23 de septiembre de 2020, de manera que, conforme a las disposiciones citadas, las mesadas causadas y no reclamadas con antelación al mismo día y mes, pero del año 2016, se encuentran cobijadas por el fenómeno de la prescripción.

En esa medida, es claro que no incurrió en error la sentenciadora de primer grado al colegir que el fenómeno de la prescripción debía contarse tres años atrás a partir de la fecha en que fue presentada petición ante la UGPP calendada 20 de noviembre de 2019, por manera que se impone confirmar la decisión del A quo que sobre tal aspecto arribó.

### **Compatibilidad de la pensión de jubilación convencional**

Con el propósito de desatar la controversia que suscita la entidad accionada, esto es, establecer si la pensión que le fue reconocida a la promotora del proceso es compartible o compatible con la pensión de vejez que pudiese ser reconocida por Colpensiones, cumple recordar que la compatibilidad de las pensiones se reglamentó mediante el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, el cual en su artículo 5º, dispuso la compatibilidad de éstas y la obligación del empleador de pagar el mayor valor que resultare entre lo que venía pagando y lo reconocido por el ente de seguridad social, así como seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte.

A su vez, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, señaló que los empleadores que paguen a sus trabajadores pensiones de jubilación causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de vejez, invalidez y muerte al Instituto de Seguros Sociales hasta cuando sus trabajadores cumplieren con los requisitos por esta entidad exigidos para otorgar la pensión de vejez, siendo a partir de ese momento obligación del patrono, cubrir el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado. Asimismo, se indicó que las pensiones serían compartidas a partir de la citada data, salvo que en el acto de origen (convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes), se estableciera expresamente la compatibilidad.

Dicho lo anterior, resulta suficiente establecer que la pensión de jubilación otorgada a la demandante es compartible con la legal de vejez que pueda reconocer Colpensiones, caso en el cual quedaría a cargo de la enjuiciada únicamente el mayor valor si lo hubiere, además, el pago de la mesada pensional 14 aquí reconocida, en tanto que su compatibilidad no quedó expresamente señalada en el texto convencional antes citado. Por las consideraciones hasta aquí expuestas, sin dubitaciones habrá de confirmarse en su integridad la sentencia de primer grado.

### **Costas impuestas en primera instancia a UGPP**

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

### **Costas en esta instancia**

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de marzo del 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

**LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia  
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** MARINA CONTA CASTILLO  
**Demandada:** GLORIA NAYIBE QUINTERO VARGAS  
**Radicado No.:** 26-2021-00022-01  
**Tema:** CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Marina Conta Castillo instauró demanda ordinaria contra Gloria Nayibe Quintero Vargas, propietaria del establecimiento de comercio Restaurante y Cafetería Jireth, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 24 de mayo de 2016 al 5 de junio de 2019, el cual fue terminado sin justa causa por la empleadora. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de subsidio de transporte, auxilio de cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, aportes pensionales, trabajo suplementario dominical y festivo, perjuicios morales, "*indemnización de perjuicios por afectación de derechos constitucionalmente protegidos*", indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, dotación, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 24 de mayo de 2016 fue vinculada laboralmente por Gloria Nayibe Quintero Vargas, propietaria del establecimiento de comercio Restaurante y Cafetería Jireth, para realizar la labor de cocinera y de oficios varios, percibiendo como contraprestación directa a sus servicios la suma de \$45.000 diarios, nexos contractuales que terminó el 5 de junio de 2019. Refirió que la citada persona era quien le daba órdenes y establecía las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debía prestar el servicio, sin embargo, pese a ello se negó a pagarle prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte y demás acreencias laborales solicitadas. (Expediente electrónico, PDF 001. DEMANDA Y ANEXOS, págs. 2 a 16).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descender el término de traslado la convocada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos aceptó los hechos 4° y 11° a 17°, relativos con que es propietaria del establecimiento de comercio, que presta servicios de cafetería y restaurante; que fue citada al Ministerio de

Trabajo a audiencia de conciliación, misma que fue declarada fracasada; además, que dio respuesta a un derecho de petición impetrado por la demandante en virtud de una acción de tutela incoada por la actora en su contra. Respecto de las demás situaciones fácticas dijo no constarle o no ser ciertos y en su defensa propuso como excepciones de fondo las de ausencia del vínculo de carácter laboral, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, prescripción y genérica. (Expediente electrónico PDF 004.CONTESTACION DEMANDA 19-03-2021)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2021, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, gravando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante sostiene con la demandada desde el 24 de mayo de 2016 al 5 de junio de 2019 y en virtud del mismo, si le asiste derecho a las acreencias reclamadas en el libelo primigenio. Con tal propósito, citó los artículos 22 23 y 24 del CST, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para precisar que conforme al acervo probatorio se logró demostrar que la actora prestó sus servicios personales a favor de la encartada, de ahí que surgía a su favor la presunción legal, la cual no fue desvirtuada, siendo viable declarar la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

En lo que hace a los extremos temporales del nexo laboral sostuvo que, pese a que la accionante manifiesta que los mismos corresponden del 24 de mayo de 2016 al 5 de junio de 2019, su dicho no puede ser suficiente para tenerlos por acreditados, debiéndose probar con otros elementos de juicio. Así, refirió que *"si bien, el testigo Joel González, indica que la demandada laboro desde mediados del mes de mayo de 2016 hasta mitad del año 2019, considera este despacho que este testigo no puede ser tenido como cierto respecto a dichos extremos toda vez que al preguntársele por qué estaba tan seguro de esas fechas, indica que porque hablaba constantemente con la aquí demandada, es decir, el dicho del actor se funda en los comentarios de la demandante respecto a dichas circunstancias, esto es, respecto de los extremos de la relación laboral."*

Agregó que la actora tampoco acreditó los días que laboró o prestó sus servicios, de manera que siendo su carga probatoria y al no acreditar los extremos de la relación laboral, ni los días en que prestó sus servicios, le impide imponer condena alguna, toda vez que estas no pueden ser efectuadas por simples cálculos o conjeturas. (Expediente electrónico PDF 012. 2021-022 (PC) Art 80 Contrato trabajo 4 testimonios 2 interrogatorio de parte-20211123\_145056-Grabaci+|n de la reuni+|n)

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** formuló recurso de apelación indicando que contrario a lo esgrimido por la A quo, los extremos temporales de la relación laboral se encuentran debidamente probados, dado a que el testigo Joel González lo refirió así, persona que le constaba debido a que frecuentaba la zona y el local comercial, además, por cuanto lo había escuchado de la actora. Refirió que el citado testimonio fue corroborado por la declaración de la propia demandante, quien fue clara al indicar los periodos en los que trabajó.

Expuso que el A quo omitió dar aplicación a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 31 del C.P.T. y de la S.S., pues cuando se dice que un hecho no le consta o que un hecho no es cierto se deben explicar concretamente las razones de esa respuesta y no decir simplemente que se pruebe; aspecto que no ocurrió en tanto que no se dijeron las razones de las respuestas en la contestación del libelo y en esa medida debieron tenerse por ciertos. Reiteró que se encuentran probados los elementos del contrato de trabajo, esto

es, la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia, salario y extremos temporales.

## **5. Alegatos de conclusión**

**5.1. Parte demandante.** Alegó en su favor que fue contratada por Gloria Nayibe Quintero Vargas, propietario del establecimiento de comercio "Restaurante Y Cafeteria Jireth" desde 24 de mayo de 2016 hasta 5 de junio de 2019, para trabajar en dicho establecimiento de comercio, pues los deponentes fueron testigos directos de los hechos, clientes frecuentes y constantes del establecimiento de comercio, que conocían los horarios en que se prestaba el servicio, los días que se trabajaba en este y fueron enfáticos al indicar que observaron a la actora trabajar en dicho establecimiento, la vieron cocinando, lavando loza, sirviendo alimentos, limpiando y aseando el local. Dijo que la demandante en su declaración fue clara al expresar también los periodos trabajados, horarios, funciones y lugar de prestación del servicio.

**5.2. Parte demandada.** En su escrito de alegaciones indicó que sostuvieron una relación de carácter laboral la cual fue realizada por días, interrumpida y no era secuencial, pues tanto la parte actora como demandada depusieron en sus testimonios que la relación laboral inicio por días, es decir, no fue recurrente.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Se equivocó la juez de primer grado al considerar que no se demostraron con exactitud los extremos temporales de la relación laboral que declaró, lo cual impide calcular los derechos laborales o sociales que le correspondía a la demandante?
- ✓ De encontrarse desacertada la conclusión de la A quo, se estudiará ¿Es factible el pago de las acreencias laborales e indemnizaciones que se reclama en el libelo introductor?

### **Extremos temporales de la relación laboral**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso recordar que el recurrente reclama que la a quo desconoció las normas que regulan el contrato laboral, pues, a su criterio claramente estaba probado no solo su existencia, sino, además, los extremos temporales, en tanto que así lo señalaban los elementos probatorios, lo que permitiría de entrada la prosperidad de sus pretensiones.

Pues bien, la Sala precisa que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la convocada a juicio, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

Precisión necesaria para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor de la trabajadora se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral, por manera que le incumbe a la parte actora probar la prestación personal del servicio, a fin de activar la presunción legal, con lo cual la accionada asume la obligación de desvirtuar que ella no tuvo su fundamento en un contrato de trabajo; prestación personal que valga precisar, se halla demostrada no solo porque no fue objeto de reparo, pues las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, sino, además, porque así lo asumió la señora Gloria Nayibe Quintero Vargas, propietaria del establecimiento de comercio Restaurante y Cafetería Jireth, en el interrogatorio de parte que se le practicó, donde señaló claramente que la señora Marina Conta Castillo le prestó sus servicios personales para realizar la actividad de auxiliar de cocina, aunque con la aclaración de que aquella iba esporádicamente y con poca frecuencia a realizar sus labores al citado establecimiento.

De tal manera que acreditada esa prestación personal del servicio correspondía a la demandada demostrar que en esa relación no medio subordinación o dependencia, por lo que debe dejarse claro en esta instancia judicial que ninguna prueba adosó para ese efecto, con lo cual no derruyó la presunción establecida en el artículo 24 citado, como bien lo señaló la Juez primigenia. De hecho, los medios de prueba llevan a la firme convicción que la prestación de servicios fue dependiente y subordinada, así se desprende del dicho de los testimonios de los señores Joel Eliecer González Barrera (testigo parte demandante) y Oscar Leonel Pineda Zárate (testigo de la parte demandada), incluso del mismo interrogatorio de parte que se le practicó a la pasiva. Aunado a que dada la naturaleza de la actividad que realizó la actora, ésta no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, pues estaba atada al sometimiento a órdenes, directrices y sugerencias de la encartada además el cumplimiento de un horario.

De lo expuesto se sigue, que Marina Conta Castillo, tendría derecho a las prestaciones sociales y demás prerrogativas propias de la vinculación laboral, cuyo pago no se demostró durante la relación, a su terminación o, en el transcurso del proceso.

No obstante, pese a que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio, misma que se vio fue bajo el poder subordinante y dependiente de la convocada, es claro que deben aparecer acreditados los otros elementos del contrato de trabajo, entre ellos, los extremos temporales en los cuales se desarrolló la labor. Así, compete a la parte demandante, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir el periodo en el que se ejecutó la actividad en la que soporta sus peticiones, sino aportar elementos de juicio que acrediten tal circunstancia.

Y es que la sola verificación de la prestación del servicio personal no exime a la trabajadora de probar los extremos temporales de iniciación y terminación del contrato de trabajo, como acertadamente lo sostiene la cognoscente de primer grado, pues es indispensable en procesos en que se solicite el reconocimiento de derechos sociales su demostración para que se liquiden con referencia en ellos, por tanto, corresponde satisfacer esa carga probatoria como presupuesto ineludible para la prosperidad de sus pretensiones.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2608-2019, señaló:

*"Llegado a este punto, no sobra recordar que la Corte, al igual que como lo señaló el tribunal, tiene establecido que la presunción prevista en el artículo 24 del CST, no exonera al trabajador que persigue su aplicación « además de demostrar la actividad personal que da lugar a la presunción que se cuestiona, (...) acreditar otros supuestos de hecho necesarios para la procedencia de las obligaciones laborales que el trabajador reclama» así se dejó sentado en la providencia CSJ SL 2780-2018, en la que además se memoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167, en la que al efecto se consideró:*

*...recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros"*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, corresponde ahora evaluar si la aquí actora acreditó que la actividad personal se produjo de forma permanente e ininterrumpida y dentro de los extremos que se afirman en el escrito genitor, esto es, entre el 24 de mayo de 2016 al 5 de junio de 2019, o si por el contrario esta fue esporádica u ocasional como lo alega la encartada; para lo cual cumple decir que ningún elemento de prueba se allegó tendiente a demostrar la prestación personal de servicios subordinada de forma ininterrumpida y dentro los hitos temporales que se adujeron, lo que significa que no se cumplió con el principio de autorresponsabilidad que rige la prueba judicial.

Bajo ese contexto, la Sala no puede llegar a conclusión distinta, en tanto, que al evaluar el testimonio del señor Joel Eliecer González Barrera, familiar y testigo de la parte actora, no se colige de que se encuentren acreditados los citados presupuestos; nótese que aquel al deponer si bien afirmó que frecuentaba el restaurante dado que trabaja como vendedor de periódicos, cerca del lugar donde se encuentra ubicado el establecimiento, y además, que observó a la señora Marina Conta Castillo realizar labores de cocina, auxiliar de cocina o en ocasiones como mesera, afirmando aquella ingresó a laborar más o menos desde mediados de mayo de 2016 hasta la mitad del año 2019 de forma ininterrumpida y constante, lo cierto es que de su dicho también se desprende, específicamente en lo que refiere a este último aspecto, que tal conocimiento lo obtuvo de las manifestaciones de la actora, dejando en evidencia que el testigo no tuvo conocimiento directo, de ahí que mal haría la Sala otorgarle fuerza probatoria.

Así las cosas, al ser un testigo de oídas o de referencia, es decir, al no tener una percepción directa del hecho sobre el que declaró, su eficacia probatoria es reducida, máxime cuando no existe otro medio de persuasión con el cual se pueda corroborar su dicho, menos con la contundencia requerida que lleve a la Sala al convencimiento de que la actora prestó sus servicios entre mayo de 2016 a la mitad del año 2019, tal como lo afirma el testigo.

En este punto, debe precisar esta Corporación, a propósito de los reproches endosados a la juez de primer grado, "el valor persuasivo de un testimonio pende de la forma cómo el declarante llegó al conocimiento de los hechos que relata, dado que como no es lo mismo percibirlo, que escucharlo, los testigos de oídas, poca credibilidad tienen, pues aparte de que ello dificultaría el principio de contradicción de la prueba, considerando que quien habla simplemente reproduce la voz de otro, en ese caso, como es natural entenderlo, las probabilidades de

*equivocación o de mentira son mucho mayores*" (SL339-2022 que reiteró la sentencia SC, 22 mar. 2011, rad. 21334); de allí que sea cristalino para esta Corporación que al testimonio del señor Joel Eliecer González Barrera no puede dársele la eficacia probatoria que se pretende por la activa, pues resultar ser un testigo de oídas, quien no pudo presenciar un acto o referir un hecho concreto que conlleva a aportar certeza sobre los extremos de la relación laboral que pregona la actora.

De a

cuerdo a lo anterior, pese a haberse llegado a la conclusión de que entre las partes se verificó un contrato de índole laboral, los extremos de la relación no fueron probados, pues si bien, la presunción de que trata el Art. 24 del C.S.T., traslada la carga a la demandada de desvirtuar la relación laboral, ello no exime a la parte actora de probar los supuestos fácticos en los que funda sus pretensiones, los cuales, como se explicó, no pueden ser deducidos de los medios de convicción atrás señalados, tampoco de la contestación que hiciera la parte enjuiciada, en la medida que se negaron todos los hechos relativos a ello. En lo que hace a este último aspecto, aunque la demandante reprocha a la A quo la omisión de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 31 del CPT y de la SS, para la Sala tal discusión, además, de ser extemporánea, ya quedó zanjada ante la ejecutoria de la providencia que tuvo por contestada la demanda.

Así las cosas, al haberse desconocido y negado por la demandada, los hechos que constituyen el fundamento de la demanda, respecto de la existencia de la relación laboral, le correspondía al demandante acreditar los mismos en el asunto, conforme lo señalan las reglas sobre el régimen probatorio contemplado en el artículo 167 del C.G.P., y aportar las pruebas necesarias para ratificar su dicho, lo cual es acorde con el criterio sentado por vía jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, de que lo afirmado en la demanda no constituye prueba a favor de la actora habida consideración de que proviene de la parte interesada.

De allí que para la Sala sean desatinados los argumentos de la censura, cuando sostiene que no existe duda sobre los extremos temporales de la relación laboral, dado a que tal aspecto se deriva de la propia accionante cuando aquella surtió el interrogatorio de parte; ya que es evidente que la citada declaración no resulta suficiente para probar esa circunstancia, pues cumple recordar que nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella.

Por consiguiente, mal podría efectuarse la liquidación de las prestaciones que le llegaren a corresponder sobre un hecho no probado, ya que no es dable suponer los extremos de la relación, a fin de ordenar el pago de acreencias laborales, luego ante la evidente inactividad probatoria, imperativo resulta para la Sala confirmar la sentencia de primer grado, aunque por las razones esgrimidas en esta providencia.

### **Costas.**

Sin costas en esta instancia judicial. Las de primera se confirman.

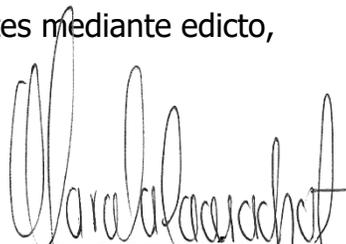
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN CONDENA** en costas en esta instancia.

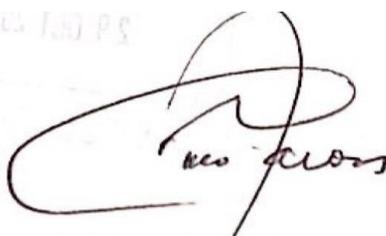
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** FRANCISCO RODRÍGUEZ CAICEDO  
**Demandadas:** ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR  
Y EPS FAMISANAR S.A.S.  
**Radicado No.:** 38-2017-00756-01  
**Tema:** CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDANTE –  
REVOCA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Francisco Rodríguez Caicedo instauró demanda ordinaria contra EPS Famisanar S.A.S. y Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral entre el 16 de enero de 2013 al 17 de enero de 2016 con la primera de las demandadas, mientras que la segunda actuó como simple intermediario en la contratación y, por tanto, solidariamente responsable de las acreencias laborales. En subsidio de las citadas pretensiones de orden declarativo solicitó la existencia de una relación laboral con la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, entre el 16 de enero de 2013 al 17 de enero de 2016, mientras que EPS Famisanar S.A.S. es solidariamente responsable de las acreencias laborales adeudadas, por ser beneficiaria de la labor desarrollada.

En consecuencia, solicitó que se disponga a su favor el pago de prima de servicios, vacaciones, auxilio de cesantía y sus intereses, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantías, indexación, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 16 de enero de 2013 fue vinculada por la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, para realizar la labor de auxiliar de enfermería a pacientes de EPS Famisanar S.A.S., cuya función consistía en el cuidado de pacientes en los respectivos domicilios de cada uno de ellos, recibiendo órdenes para el cumplimiento de su labor por parte de los jefes de enfermería. Indicó que percibió como contraprestación directa a sus servicios la suma de \$1.360.000, además, que realizaba turnos rotativos de domingo a domingo. Agregó que la EPS Famisanar S.A.S. fue beneficiaria de la labor de enfermería desarrollada durante el tiempo que perduró el nexo contractual, aunado a que estuvo siempre bajo subordinación y

dependencia de la EPS accionada y ocasionalmente a la citada asociación. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico, págs. 297 a 306).

## **2. Contestación de la demanda.**

**2.1. EPS Famisanar S.A.S.** Al momento de descender el término de traslado la convocada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no es la entidad encargada del reconocimiento de salarios ni prestaciones sociales, ante la inexistencia del contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios con el accionante. Frente a los hechos no le constó ninguno de ellos y en su defensa formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia del contrato de trabajo, cobro de lo no debido, prescripción y genérica. (Expediente digital PDF 01CuadernoFisico, págs. 93 a 97)

**2.2. Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir.** Al dar respuesta se opuso a las pretensiones del libelo introductor. Frente a los supuestos fácticos indicó que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios dentro de los extremos que indicó el actor, cuyo objeto fue la de prestar servicios de auxiliar de enfermería de forma domiciliaria a cada uno de los pacientes que padecían de alguna patología y que por mandato legal necesitan algún tipo de cuidado.

Refirió que no existía personal que le estuviera diciendo constantemente la forma en cómo debía prestar su servicio, de tal forma que no existió contrato de trabajo alguno y por el contrario lo que se ejecutó en debida forma fue un contrato de prestación de servicios profesionales de naturaleza civil, con causación de honorarios, de conformidad con la disponibilidad ofertada por el contratista y debidamente ejecutada por este. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de subordinación hacia el demandante, inexistencia de relación laboral y buena fe. (Expediente electrónico PDF 01CuadernoFisico, págs. 234 a 250)

**3. Trámite procesal.** Mediante auto calendarado 22 de mayo de 2019, se tuvo por no contestada la reforma a la demanda. (Expediente digital PDF 01CuadernoFisico, pág. 355)

**4. Contestación demanda y llamamiento en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.** En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, esgrimiendo que no se encuentra acreditado la calidad de trabajador respecto de la EPS Famisanar; tampoco que la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir fungiera como un intermediario en la contratación del demandante, dado que es evidente que quien contrató los servicios de aquél fue la asociación mencionada, a través de un nexo civil. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de vínculo laboral con EPS Famisanar, ausencia de causa, inexistencia de obligación a cargo de EPS Famisanar, prescripción y genérica.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo se opuso a que sea afectada la póliza de cumplimiento a favor de particulares núm. 1289778-6, dado a que los hechos objetos de discusión son anteriores a la vigencia del contrato de seguro. Frente a los hechos que sustenta su llamado sostuvo que expidió la póliza de cumplimiento a favor de particulares núm. 1289778-6, con vigencia que se extendió desde el 1 de abril de 2015 hasta el 31 de marzo de 2019, con el propósito de amparar el contrato suscrito por las codemandadas, relacionado con la prestación directa, oportuna y continua por parte del prestador de los servicios de atención primaria en salud. Refirió que la póliza contempla con uno de sus amparos el de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, por el límite de \$95.828.848.

Formuló como excepciones de fondo las de imposibilidad de afectar la póliza por ser el hecho anterior a la vigencia de contrato de seguro, aseguradora no es responsable del pago del siniestro, de establecerse que no hubo buena fe por parte de la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, opera exclusión que impide cobertura, límites máximos de indemnización y aplicación del deducible y genérica. (Expediente digital PDF 01CuadernoFísico, págs. 370 a 381)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 20 de enero de 2022, en la que el fallador absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, luego de hacer alusión a las pruebas arrojadas al diligenciamiento, sostuvo que la vinculación contractual que refleja el plenario lo fue entre el actor y la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, lo que descarta cualquier nexo contractual directo con la EPS demandada. De esta forma, citó los artículos 22 y 23 del CST, para precisar que el actor no prestó los servicios a la EPS Famisanar S.A.S., de manera que no podría deducir la existencia de un vínculo laboral, de ahí que las pretensiones principales no estarían llamadas a prosperar.

En lo que hace a las pretensiones subsidiarias indicó que de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, para que opere la presunción señalada en esta última disposición es necesario que el actor acredite a través de medios idóneos, la prestación personal del servicio, aspecto que de entrada evidenció demostrada, en tanto, que la certificación expedida por la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir así lo señalaba, además, porque fue un hecho admitido por la encartada. De este modo, refirió que surgía a su favor la presunción legal, misma que podía ser desvirtuada por la demandada.

Bajo ese contexto, recordó que el demandante no concurrió a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., por manera, que en aplicación a dicha disposición, se dispuso presumir como ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en las contestaciones de la demanda, particularmente en lo que hace al sustento de las excepciones de fondo, entre esas, la denominada exclusión de una relación contractual laboral y el despliegue de actividades del demandante en condición de contratista independiente con autonomía técnica y directiva. De esta forma, coligió que por vía de esta nueva presunción se desvirtúa la presunción del artículo 24 del C.S.T., correspondiendo entonces al demandante dentro de ese contexto probatorio y procesal desplegar actividad probatoria con fundamento en la cual debía acreditarse de manera incontrastable la existencia del elemento de la subordinación jurídica.

Dijo que revisado el expediente no milita prueba idónea alguna con base en la cual de manera incontrastable pueda deducir que las actividades cumplidas por el actor al servicio de Proseguir lo hubieran sido dentro de un escenario pleno de subordinación jurídica laboral, acotando, que si bien *"la prestación de servicios de auxiliar de enfermería en principio es una actividad de carácter subordinado"*, no significaba que todo aquel que presta tal servicio necesariamente pueda predicarse que está vinculado en el marco de una relación subordinada, pues aquella no solo se refleja en el aspecto funcional, sino en otros, como lo puede ser en seleccionar los turnos o los pacientes que puede atender de manera libre.

Indicó que la prueba testimonial corroboró lo sostenido por la representante legal de Proseguir en el interrogatorio de parte, de tal forma que evidenció que el actor fue contratado bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, *"lo que presupone de antemano la convicción de las partes de estar vinculados en un escenario desprovisto de subordinación jurídica laboral"*, más aún cuando el actor escogía los pacientes de la base de

datos que se le ponía en conocimiento. (Expediente digital, audio AUDIENCIA ART 80 ORD 2017-756 (cto realidad)-20220120\_093705-Grabación de la reunión 1)

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** formuló recurso de apelación indicando que la remuneración del demandante y los extremos temporales de la relación laboral quedaron probados conforme a la certificación expedida por la demandada Proseguir, donde se constata que efectivamente el trabajador devengaba la suma de \$1.360.000 dentro del interregno comprendido entre el 16 de enero de 2013 al 17 de enero de 2016. Adujo que la prestación personal del servicio a favor de la citada encartada fue demostrada, en tanto que no fue un hecho controvertido por aquella, además, fue corroborado por su representante legal en el interrogatorio de parte.

Así, indicó que una vez demostrada la prestación del servicio se presume que la misma se ejecutó a través de una relación laboral, de tal forma establecida como se encuentra, surge para el empleador la obligación de cancelar acreencias laborales. Reiteró que el elemento de la subordinación se encontraba demostrado dentro del proceso, pues así lo indicaron los testigos, quienes señalaron que el actor no era autónomo en la actividad, entre tanto que no podía determinar que medicamento iba a tomar el paciente o el tratamiento a seguir, ya que esto lo hacía Proseguir a través de los médicos tratantes. Agregó que no podía escoger los turnos libremente, sino, que los mismos eran asignados por Proseguir, a través de un jefe de enfermería, además, que fue capacitado, situaciones que fueron señaladas por la representante legal de la accionada.

Esbozó que EPS Famisanar S.A.S. fue beneficiaria de la actividad, ya que los pacientes se encontraban afiliados a dicha entidad, de esta manera cumpliéndose con los requisitos del artículo 34 del C.S.T, ya que la EPS demandada suscribió un contrato con Proseguir y está a su vez suscribió un contrato con el demandante, para atender una necesidad de la EPS, esto es la prestación integral del servicio de salud; actividad que guarda estrecha relación con el giro ordinario de los negocios de Famisanar. (Expediente digital, audio AUDIENCIA ART 80 ORD 2017-756 (cto realidad)-20220120\_093705-Grabación de la reunión 1)

## **7. Alegatos de conclusión**

**7.1. Parte demandante.** Alegó en su favor aduciendo que los extremos demandados a través del interrogatorio de parte reconocieron los tres elementos constitutivos del trabajo, esto es, la existencia de la subordinación derivada de la obligación del accionante en el sentido de recibir orientación del paciente al que iba a cuidar, sea de Famisanar o de Proseguir; el salario se probó a través de una certificación laboral; la prestación personal del servicio en tanto se debía atender a cada uno de los pacientes, además, no poder ausentarse del lugar precisamente por su labor de cuidado.

**7.2. Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir.** En su escrito de alegaciones argumentó que nunca existió subordinación más que una mera coordinación entre los contratantes, pues el demandante ejercía sus funciones sin sujeción alguna a órdenes de ninguna índole por parte de la asociación, incluso del propio relato del actor y de las documentales aportadas, el contratista desarrollaba el objeto para el cual fue contratado en los domicilios de los pacientes, es decir, fuera de las instalaciones de la demandada obrando bajo su propio criterio, de conformidad con la historia clínica del paciente, lo cual es apenas lógico para la profesión ejecutada por el demandante.

**7.3. EPS Famisanar S.A.S.** Refirió que la parte demandante no logró demostrar que hubiese atendido paciente de EPS Famisanar para la fecha de los hechos, más aun cuando aquel en el interrogatorio omite y desconoce que atendía pacientes de otras EPS, lo cual

fue corroborado por el representante legal de la IPS Proseguir específicamente en el interrogatorio de parte.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- (i) ¿La Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir demandada fungió como empleadora del actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (ii) De encontrarse positiva la respuesta, se entrará a determinar ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

### **Relación laboral**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

*"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el*

*contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».*

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el inductivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios del señor Francisco Rodríguez Caicedo a favor de la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, en tanto, tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a ello, además, la Sala evidencia que dicho aspecto fue confesado en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

En armonía con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el promotor del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, máxime que es nulo el esfuerzo por desvirtuar la presunción deprecada, quedando establecida la prestación del servicio personal y subordinación, propia de la naturaleza de la labor que realizó el señor Rodríguez Caicedo al ser contratado.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el promotor de la Litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, por manera que, ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación jurídica. Lo anterior además, por cuanto los medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por el actor no se desarrolló de manera autónoma e independiente, pues en esa perspectiva, se escuchó el testimonio allegado por la demandada, que de entrada, para la Sala no cuenta con la fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiario el gestor del proceso, de allí que también se evidencie el error en que incurrió el cognoscente de primer grado, cuando consideró la existencia de un vínculo de carácter civil entre las partes.

Conclusión a la que arriba luego de escuchar la declaración de la señora Angie Bibiana Barinas Parada (coordinadora del área de enfermería), la cual, lejos está de servir para colegir la manera en que se prestaron los servicios a favor de la asociación, pues su dicho únicamente se centró en que el actor laboró a través de contrato de prestación de servicios y que aquel escogía los turnos, para desempeñar la actividad de enfermero domiciliario, sin que explicara circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente en los aspectos técnicos, administrativos y directivos.

La citada deponente narró que el actor estuvo vinculado a través de un contrato de prestación de servicios, de acuerdo con la necesidad que se tuviera en la asociación, y de acuerdo con su disponibilidad para la prestación del servicio, en tanto que el coordinador del área, previa necesidad que se tuviese, le preguntaba acerca de la posibilidad de cubrir el turno o de realizar el domicilio y, si no aceptaba, disponían de otra persona.

Del anterior relato, emerge evidente que el Juez de primer grado se equivocó al colegir la naturaleza civil del vínculo entre las partes y la falta de subordinación ejercida sobre el promotor del proceso, ya que tal escogencia de turno, sobre la cual la deponente basó su argumento, no refleja la autonomía e independencia del actor en la ejecución de la labor, por cuanto al respecto además se indicó "*nosotros tenemos una base de datos de pacientes, nosotros de acuerdo con la disponibilidad, mirábamos con los auxiliares que tuviéramos porque no todos están en solo lugar, pues están en varias partes de la ciudad, entonces, hablábamos con ellos, si ellos aceptaban se coordinaba y se enviaba al auxiliar (...)*"; lo que demuestra que la disponibilidad fue dada conforme a las mismas condiciones de modo que impuso el empleador para la prestación del servicio del actor, de manera que aunque aquel disponía si podía efectuar el turno, ello no lo fue porque tuviese libertad y autogestión, sino por la misma necesidad donde debía prestar el servicio, lo que de suyo implica que en efecto tuviese subordinación jurídica y no plena autonomía como lo refiere la pasiva.

Ahora, debe decir la Sala, que examinados los restantes medios probatorios que tuvo en cuenta el cognoscente de primer grado para inferir la inexistencia del contrato de trabajo, evidencia la Sala que en efecto se configuran los desatinos que le endilga la censura, pues del análisis conjunto y sistemático de tales elementos de convicción, es dable concluir que las actividades ejecutadas por el demandante se desplegaron en forma subordinada y no con autonomía e independencia.

En efecto, el juez de primer grado desatendió el objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del sometimiento al que estuvo sujeto el demandante, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades en forma domiciliaria, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que el actor se desempeñó como "*auxiliar de enfermería*", cargo que por su misma denominación denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas, ya que por encima de ella se ubicó una persona que ejercía mandato sobre él, tal cual lo reconoció la representante legal de la encartada, cuando afirmó que dentro de la asociación existía un área que coordina a los auxiliares de enfermería, inclusive al actor, de tal suerte que, las labores ejercidas no estaban gobernadas por la liberalidad con que podía llevarlas a cabo, sino que por el contrario, se encontraba sujeta al direccionamiento de la asociación contratante.

En otras palabras, el objeto del contrato que comprometió cumplir el demandante no dista del propio de una relación dependiente o subordinada, al establecer que el contratista debía prestar funciones de enfermería domiciliaria, de ahí que, como lo dijo la testigo, disponían del demandante para tal fin y, por lo mismo, lo direccionaba dependiendo de la cercanía con el lugar donde finalmente realizaban sus labores.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada, tanto en la contestación de demanda como en el interrogatorio de parte, respecto de las labores que ejecutaba el actor, colige que no requerían de un conocimiento específico, además, se hicieron de forma permanente, pues se prestó el servicio durante de 3 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para desempeñar el cargo de auxiliar de enfermería, labor que además no era extraña al objeto social, pues fueron inherentes al componente misional de la sociedad convocada, quien se dedica a realizar actividades relacionadas con la salud humana. Por lo anterior, no comparte la Sala aquellas intelecciones del A quo, con las cuales se desechó la subordinación, a partir de la consideración de que el actor tenía independencia, dado a que aquel disponía de aceptar o no la labor, porque en realidad ello refleja una simple coordinación de las actividades que por esencia debía cumplir la accionada dado su rol misional, de ahí la continuidad y su permanencia para desempeñar funciones, reiterando, del giro ordinario de las actividades de la pasiva.

En este punto, es de advertir que la Sala no pasa por alto que sobre el promotor del litigio recayó declaración de confeso, por su inasistencia injustificada a la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, audio de audiencia de 2 de diciembre de 2019, aspecto que según el A quo le resta eficacia a la presunción de subordinación contenida en el artículo 24 del C.S.T., máxime cuando relacionó en forma determinada las circunstancias fácticas que se tendrán como ciertas, como lo explicó la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, entre otras, en sentencia SL676-2021, empero, tampoco se puede desatender que la confesión ficta por tratarse de una confesión legal admite prueba en contrario, entonces, si con los medios de convicción allegados al proceso el juzgador encuentra una conclusión contraria a la que fuere objeto de tal consecuencia, con arreglo al artículo 61 del CPTSS, sobre libre formación del convencimiento, puede apartarse de ella, siendo perfectamente válida su decisión. Por manera que corresponde a la parte afectada con la reseñada confesión, desvirtuar los hechos que se tuvieron por demostrados, de no hacerlo, necesariamente tendrá esa consecuencia desfavorable.

Bajo este entendimiento, debe admitirse que, contrario a lo señalado por el juez primigenio, las confesiones fictas fueron infirmadas a través de los demás elementos probatorios que se aportaron al expediente y que se han venido esbozando por esta colegiatura, los cuales llevan a colegir que la vinculación del actor a través de un contrato de prestación de servicios tuvo por objeto encubrir una verdadera relación laboral. Y es que para la Sala la confesión ficta no es una situación suficiente que justifique aceptar indebidamente la contratación bajo la citada modalidad, cuando quiera que su cometido se agota en la medida que los demás medios de convicción desdibujan el supuesto nexo contractual, dado que con estos se evidencia que el actor actuó bajo una actividad misional, dependiente y subordinada, cuyas funciones también estuvieron limitadas por la accionada, por manera que salta a la vista la calidad de verdadero trabajador dependiente de la enjuiciada.

Para para invalidar la confesión ficta que recayó en contra del accionante, basta con observar la naturaleza de la actividad que realizó y contrastarla con las actividades a las que se dedica la convocada a juicio, para concluir que la misma no podía desarrollarse de forma autónoma e independiente, en atención a que sus labores no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requería en virtud del contrato que la encartada suscribió con EPS FAMISANAR S.A.S. De hecho, lo que observa la Sala es que el cargo que ostentó el actor hacía parte de las necesidades específicas de los contratantes, pues, su objeto correspondió "*a la prestación directa, oportuna y continua de los servicios médicos descritos en el anexo número tres (3) – **SERVICIOS Y TARIFAS**, a los afiliados de **FAMISANAR**, de conformidad con las condiciones establecidas por las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud **POS** vigente al momento de la prestación del servicio, en la ciudad indicada en el Anexo denominado **SERVICIOS Y FACTURAS***", según el cual exigía "*auxiliar de enfermería a domicilio*" en diferentes turnos y condiciones.

Y como si lo anterior no fuera suficiente, al analizar el contrato de prestación de servicios de cara al certificado de existencia y representación legal de la asociación, las labores que ejerció el actor no son distintas a la realización de todas las actividades que tuvieron como finalidad cumplir con el objeto social de la fundación, que no es otro que "*prestar servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios de atención integral y manejo interdisciplinario del dolor agudo, crónico y cuidados paliativos institucionales y/o domiciliarios*"; tal cual y como lo certifica la misma accionada. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico, pág. 31).

Concluyéndose de todo lo anterior, que la presunción de la cual fue beneficiario el demandante no fue derruida, pues el haz probatorio fue suficiente para acreditar que el servicio contratado, en realidad, no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, por el contrario, las probanzas desdibujan el supuesto contrato de prestación de servicios, por cuanto es evidente que el accionante no ejecutó el servicio con sus

propios medios de producción y asumiendo sus propios riesgos, sino que actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada, prestando sus servicios en lugares asignados por la accionada, en tanto su actividad era esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la asociación.

Siendo ello así, queda claro que a juicio de esta Corporación erró el Juez de primer grado al concluir que la relación contractual entre las partes se ejecutó en forma autónoma e independiente y en tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida.

### **Extremos temporales de la relación**

Esclarecido que entre las partes se verificó una verdadera relación laboral, le compete a la Sala dilucidar los extremos temporales del citado nexo contractual.

Con respecto al hito inicial se acredita que tuvo ocurrencia para el 16 de enero de 2013, mientras que el final el 17 de enero de 2016, pues, no fue un hecho desconocido por la demandada al dar respuesta al libelo primigenio, al afirmar que el contrato de prestación de servicios personales del actor se inició y finalizó en aquella data. Entonces, sobre este periodo, se liquidarán las condenas.

### **Salario**

El salario de base corresponderá al indicado en la certificación expedida por la encartada el 8 de abril de 2016, toda vez que la llamada a juicio se abstuvo de demostrar que el contenido de lo allí especificado no correspondiera a la verdad, siendo la suma \$1.360.000. (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico, pág. 31).

### **Excepción de prescripción**

Pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor Francisco Rodríguez Caicedo, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

En tal virtud, debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el gestor de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, ya que si bien se allegó escrito contentivo de la petición (Expediente digital, PDF 01CuadernoFisico, pág. 26), este no da cuenta de su recibo o radicación por parte del empleador, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **11 de diciembre del 2017**. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con los intereses a las cesantías y prima de servicios **exigibles** con anterioridad al **11 de diciembre del 2014**.

En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**. En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020) se declarará probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **11 de diciembre del 2013**.

## Acreecias laborales adeudadas

Se procede a liquidar las acreecias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, teniendo en cuenta el salario atrás señalado, de la siguiente manera:

### Auxilio de cesantía

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2° de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda a la actora la suma de **\$4.087.556** por concepto de auxilio de cesantía entre el 16 de enero de 2013 al 17 de enero de 2016.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2013	\$ 1.360.000	\$ 0	\$ 1.360.000	345	\$ 1.303.333
2014	\$ 1.360.000	\$ 0	\$ 1.360.000	360	\$ 1.360.000
2015	\$ 1.360.000	\$ 0	\$ 1.360.000	360	\$ 1.360.000
2016	\$ 1.360.000	\$ 0	\$ 1.360.000	17	\$ 64.222
<b>Total Auxilio de cesantías</b>					<b>\$ 4.087.556</b>

### Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$163.564** por concepto de intereses a las cesantías causados.

<b>Intereses a las cesantías</b>				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2013	ene-14	Prescritas		
2014	ene-15	360	\$ 1.360.000	\$ 163.200
2015	ene-16	360	\$ 1.360.000	\$ 163.200
2016	Terminación de la relación laboral	17	\$ 64.222	\$ 364
<b>Intereses a las cesantías</b>				<b>\$ 163.564</b>

### Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia de que se efectuó en el acápito de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma **\$2.104.222** por concepto de prima de servicios causadas.

<b>Prima de servicios</b>					
Prima causada y exigible	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días	Valor prima
jun-14	Prescrita				
dic-14	\$ 1.360.000	0	\$ 1.360.000	180	\$ 680.000
jun-15	\$ 1.360.000	0	\$ 1.360.000	180	\$ 680.000
dic-15	\$ 1.360.000	0	\$ 1.360.000	180	\$ 680.000
2016	\$ 1.360.000	0	\$ 1.360.000	17	\$ 64.222
<b>Total Prima de servicio</b>					<b>\$ 2.104.222</b>

### Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso (Art. 186 y s.s. CST).

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$2.041.889** por su compensación en dinero.

<b>Vacaciones -inició el contrato el 16 de enero de 2013</b>				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones (fecha en que se hacen exigibles)	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
16/01/2013 al 15/01/2014	16/01/2015	\$ 1.360.000	360	\$ 680.000
16/01/2014 al 15/01/2015	16/01/2016	\$ 1.360.000	360	\$ 680.000
16/01/2015 al 15/01/2016	Terminación del Contrato	\$ 1.360.000	360	\$ 680.000
16/01/2016 al 17/01/2016	Terminación del Contrato	\$ 1.360.000	1	\$ 1.889
<b>Total vacaciones</b>				<b>\$ 2.041.889</b>

### **Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías**

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se tuvo el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso dan cuenta, sin mayores discusiones, que la dadora del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor a través de la citada forma contractual, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el promotor del proceso a favor de la llamada a juicio, que concuerda con su objeto social, realizándose bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

En consecuencia, se entrará a cuantificar las indemnizaciones citadas:

- **Indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.**

Se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria, para lo cual se tendrá en cuenta que la demanda se presentó dentro de los 24 meses de finalizada la relación (acta de reparto del 11 de diciembre del 2017), en consecuencia, le corresponde la suma de \$45.333,33 a partir del 18 de enero de 2016 hasta que se efectúe el pago total de las acreencias adeudadas. En este punto es importante precisar que, para la forma de calcular la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, esta Sala de decisión acoge la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003.

- **Sanción por la no consignación de las cesantías.**

Sobre su liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la corte ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$4.896.000.**

<b>SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTÍCULO 99</b>						
<b>AÑO</b>	<b>SALARIO</b>	<b>DESDE</b>	<b>HASTA</b>	<b>SALARIO DIARIO</b>	<b>TOTAL DÍAS</b>	<b>SUBTOTAL MORATORIA</b>
2013	\$ 1.360.000	11/12/2014	14/02/2015	\$ 45.333	63	\$ 2.856.000
2014	\$ 1.360.000	15/02/2015	17/01/2016	\$ 45.333	45	\$ 2.040.000
<b>TOTAL SANCIÓN</b>						<b>\$ 4.896.000</b>

**Indexación**

La solicitud de indexación sobre las prestaciones sociales se negará ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Lo anterior, teniendo en cuenta que las mismas son incompatibles, tal y como se señaló en sentencia SL2695-2019. Sin embargo y como quiera que las vacaciones y sanción por la no consignación de las cesantías objeto de condena, no están cubiertas por la indemnización moratoria, ante su devaluación esta deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 18 de enero del 2016 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

**Responsabilidad solidaria de EPS Famisanar S.A.S.**

Aduce el demandante que la sociedad EPS Famisanar S.A.S., es solidariamente responsable de todas las acreencias laborales a él adeudadas por su empleador Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, en tanto los objetos sociales son afines, los servicios prestados por aquel fueron en beneficio de la llamada a solidaridad, cuyas funciones radican principalmente en el desarrollo del rol social de la citada EPS.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como por ejemplo en sentencia SL 13686 del 2017, acerca a lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corporación que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y

proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que, la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera exigiendo la citada disposición se demuestre (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante<sup>1</sup>; (iii) que exista contrato de trabajo entre el contratista y el actor; (iv) que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, en el presente asunto no existe duda de la concurrencia de una relación laboral entre el demandante y la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir; de igual forma de las probanzas recaudadas en el plenario se puede establecer que entre esta asociación como contratista y EPS Famisanar S.A.S., como beneficiaria del servicio, se desarrolló un vínculo de carácter civil, entanto se arrimó al cartapacio Contrato de Prestación de Servicios del plan obligatorio de salud, cuyo objeto consistió en *"la prestación directa, oportuna y continua de los servicios médicos descritos en el anexo número tres (3) – **SERVICIOS Y TARIFAS**, a los afiliados de **FAMISANAR**, de conformidad con las condiciones establecidas por las normas que regulan el Plan Obligatorio de Salud **POS** vigente al momento de la prestación del servicio, en la ciudad indicada en el Anexo denominado **SERVICIOS Y FACTURAS**".*

En ese orden de ideas resulta necesario establecer la relación de causalidad entre los dos vínculos o contratos suscitados con anterioridad, a fin de verificar si hay lugar a endilgar responsabilidad solidaria a EPS Famisanar S.A.S., en virtud del artículo 34 del CST, con ocasión de las obligaciones a cargo de Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir para con el señor Francisco Rodríguez Caicedo.

Así es menester acotar en este punto que, la disposición legal reseñada y que enmarca la solidaridad entre el contratista independiente y el beneficiario de la obra por el pago de salarios y demás acreencias laborales a que tienen derecho los trabajadores del primero, exige que las actividades que desarrollen uno y otro tengan similar o igual giro ordinario de actividades, es decir, tengan correspondencia en su objeto social. No obstante, ello no quiere decir que el contratista independiente deba cumplir labores idénticas a las que desarrolla el beneficiario de la obra para así dar lugar a la responsabilidad solidaria por parte del último, ni tampoco que cualquier actividad desarrollada por el beneficiario del servicio de lugar a ello, en tanto, tal y como lo refiere el aparte normativo aquí estudiado, es necesario que las labores desarrolladas por estos coincidan en el fin o propósito que persigue el empresario, tal y como lo ha referido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL14540-2014.

Esclarecido lo anterior, se tiene que la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, tiene como objeto social *"prestar servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios de atención integral y manejo interdisciplinario del dolor agudo, crónico y cuidados paliativos institucionales y/o domiciliarios."*

<sup>1</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por su parte, la sociedad EPS Famisanar S.A.S., tiene como objeto social conforme se observa en el certificado de existencia y representación legal, entre otras cosas "(...) *ORGANIZAR Y GARANTIZAR EL ACCESO A LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS EN SALUD, CON EL FIN DE OBTENER EL MEJOR ESTADO DE SALUD DE SUS AFILIADOS CON CARGO A LAS UNIDADES DE PAGO POR CAPITACIÓN CORRESPONDIENTES. CON ÉSTE PROPÓSITO GESTIONARÁ Y COORDINARÁ LA OFERTA DE SERVICIOS DE SALUD, DIRECTAMENTE O A TRAVÉS DE LA CONTRATACIÓN CON INSTITUCIONES PRESTADORAS Y CON PROFESIONALES DE LA SALUD (...)*"

Es decir, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, particularmente en el artículo 177, su función fundamental es la de organizar y garantizar de manera directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados. De la misma forma, el artículo 179 ibídem consagra que "*para garantizar el Plan de Salud Obligatorio a sus afiliados, las Entidades Promotoras de Salud prestarán directamente o contratarán los servicios de salud con las instituciones prestadoras y los profesionales.*" Además, el artículo 180, dispone que las instituciones prestadoras de servicios de salud tienen como función la de prestar los servicios en su nivel de atención que les corresponda.

Como se puede observar existe un punto de convergencia entre las sociedades mencionadas y es aquel que se relaciona con la prestación de servicios de salud o servicios médicos, que por disposición legal le corresponde a la EPS. En consecuencia, tienen un mismo fin, de ahí que las actividades del contratista no le son ajenas o extrañas a los beneficiarios del contrato de prestación de servicios, con lo cual emerge sin dubitación el último elemento de la solidaridad que reclama el artículo 34 del CST.

En ese orden de ideas, es claro que EPS Famisanar S.A.S. en su condición de beneficiaria del servicio debe responder de manera solidaria por las condenas que se impusieron a la Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir, dado que la actividad desarrollada por la contratista cubrió una necesidad propia de la beneficiaria, pues la prestación del servicio de salud desarrollada por la primera directamente está vinculada con la explotación del objeto social de la segunda. En esa misma orientación, las actividades realizadas y contratadas entre las codemandadas resultan conexas, afines y esenciales no solo para el desarrollo de sus objetos sociales, sino, también para la esencia y ejecución misma del contrato de prestación de servicios al que atrás se hizo alusión.

Según lo expuesto surgen los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de las codemandadas en el pago de las condenas aquí impuestas, por lo que así se decidirá.

### **Llamamiento en garantía**

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

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás. Resaltando, que el juez de trabajo es competente para definir la relación sustancial entre los citados, no sólo

porque ello permite materializar el principio de economía procesal, sino, además, por cuanto de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido pacífica y reiterativa en señalar su procedencia dentro del proceso ordinario laboral, tal como lo fue en las sentencias SL 471-2013, SL 14540-2014, SL 14619-2014, SL 16675-2014, SL 5636-2019, SL 4570-2019, SL 5031-2019, SL 462-2021, SL 987-2021, entre otras.

En este punto, vale la pena aclarar que al revisar la línea jurisprudencial del Alto Tribunal, no existe una razón sólida que justifique apartarse de aquélla, máxime cuando se tiene dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ que dicha figura procesal cobra mayor relevancia en la medida que propende por el amparo del debido proceso de quien es convocado a responder por la indemnización del perjuicio o del reembolso que tuviere que hacer por cuenta de la relación legal o contractual de quien fue condenado en la sentencia, lo cual, a su vez habilita a las partes para solicitar el señalado reembolso, sin que tenga que asumir la carga de iniciar un nuevo proceso, en virtud del principio de economía procesal.

Con fundamento en lo anterior, se allegó seguro de cumplimiento a favor de particulares núm. 1289778-6 expedida por Suramericana, con vigencia entre el 1 de abril de 2015 al 31 de marzo de 2019, en virtud de la cual se aseguró, entre otras cosas, la cobertura de "pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales"; se detalla como tomador Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir y como asegurada EPS Famisanar S.A.S., de allí que esta última citará a la aseguradora, para que ampare el riesgo en caso de que fuese condenada al pago de las citadas acreencias laborales por virtud del contrato de prestación de servicios celebrado por las codemandadas.

Frente a lo cual debe decirse que la citada aseguradora se opuso a la afectación de la póliza de cumplimiento, considerando que el contrato de seguro es posterior al vínculo laboral que puso de presente por el actor, razón por la cual, de conformidad con los artículos 1054 y 1073 del Código de Comercio, se trata de un asunto ajeno a los riesgos amparados en la póliza. Adicionalmente, resaltó que existe una exclusión expresa en el clausulado del contrato de seguro, que no es otra que "en ningún caso estarán cubiertos los perjuicios generados por o resultante de 8. Dolo o culpa grave del tomador, asegurado o beneficiario". Tales aseveraciones fueron el sustento de sus excepciones.

En ese orden de ideas, debe señalar la Sala que son elementos esenciales del contrato del seguro el interés y el riesgo asegurable, la prima o precio y la obligación condicional del asegurador (artículo 1045 del Código de Comercio), de tal manera que ocurrido el siniestro y cumplido con tales elementos, surge para la compañía aseguradora la obligación de pagar la prestación asegurada, la cual, puede eximirse de cancelar, entre otras cosas, cuando el siniestro se inicia antes y continúa después que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, de conformidad con el inciso 2º del artículo 1073 del Código de Comercio.

En ese sentido, el Consejo de Estado, en sentencia del 24 de enero de 2013 dentro del proceso con radicado 25000-23-27-000-2006-00149-01(18596), señaló lo siguiente:

*"Conforme con el artículo 1046 del Código de Comercio, la póliza es el documento por el cual se perfecciona y se prueba el contrato de seguro<sup>2</sup>, siempre que reúna las condiciones generales establecidas en el artículo 1047 ibídem.*

---

<sup>2</sup> La legislación comercial lejos de definir el contrato, lo caracteriza por diferentes rasgos: el de ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva (art. 1036).

*El objeto de dicho contrato es amparar sucesos inciertos, que la legislación denomina "riesgos", los cuales no dependen exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, los físicamente imposibles, y la incertidumbre subjetiva respecto de hechos que se hayan o no cumplido, no constituyen riesgos y son extraños al contrato de seguro (C. de Co. art. 1054).*

*La base esencial de este negocio jurídico es, pues, el riesgo, caracterizado porque el evento del que depende sea de posible realización, que su realización sea incierta sea por la posibilidad de que se produzca, ora por el momento en que ello pueda ocurrir, que su realización sea fortuita y que si se realiza produzca un daño.*

*Al tenor del artículo 1057 ibídem, " en defecto de estipulación o de norma legal, los riesgos principiarán a correr por cuenta del asegurador a la hora veinticuatro del día en que se perfeccione el contrato". Ese perfeccionamiento se verifica cuando el asegurador y el tomador ajustan su consentimiento sobre aspectos esenciales del contrato de seguro (interés asegurable, riesgo asegurable, prima o precio del seguro, obligación condicional del asegurador, art. 1045 ejusdem), sin los cuales el contrato no produciría ningún efecto.*

*De tal relevancia es el momento a partir del cual comienzan a correr los riesgos, que el siniestro que comienza antes de la vigencia de la póliza no accede al amparo de la misma, como si ocurre respecto de los siniestros que principian antes de que la póliza empiece a regir y que culminan luego de que la misma expire<sup>3</sup>. Tal precisión se deduce del artículo 1073 del Código de Comercio, conforme con el cual, si el siniestro, iniciado antes y continuado después de vencido el término del seguro, consuma la pérdida o deterioro de la cosa asegurada, el asegurador responde del valor de la indemnización en los términos del contrato; pero si se inicia antes y continúa después de que los riesgos hayan empezado a correr por cuenta del asegurador, éste no será responsable por el siniestro."*

Así las cosas, no hay duda sobre la celebración del contrato de seguro base del llamamiento en garantía y que él mismo tuvo por objeto amparar el *pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales*, con cobertura entre el 1 de abril de 2015 al 31 de marzo de 2019, de tal manera, considera la Sala, que la excepción propuesta por la encartada está llamada a prosperar, si atiende al hecho de que el siniestro inició con anterioridad a la vigencia del riesgo asegurable, dado que el hito inicial de la relación laboral declarada tuvo lugar el 16 de enero de 2013 y continuó después de que los riesgos empezaron a correr por cuenta del asegurador, de ahí que Seguros Generales Suramericana S.A. no sea responsable de pagar la indemnización que persigue la convocada a juicio, en los términos del artículo 1073 del Código de Comercio.

Conforme a lo anterior, se impone declarar la excepción de mérito que denominó imposibilidad de afectar la póliza por ser el hecho anterior a la vigencia del contrato de seguro y, por tanto, absolver de las pretensiones señaladas en el llamamiento en garantía.

### **Costas**

En ambas instancias a cargo de EPS Famisanar S.A.S. y Asociación de Amigos Contra el Cáncer Proseguir y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

Sin condena en costas a favor de Seguros Generales Suramericana S.A. y en contra de EPS Famisanar S.A.S.

---

<sup>3</sup> LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Comentarios al Contrato de Seguro*, cuarta edición 2004, Dupré editores, Bogotá, págs. 84-91.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 20 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **FRANCISCO RODRÍGUEZ CAICEDO** y la **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR** entre el 16 de enero de 2013 al 17 de enero de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR** y solidariamente a **EPS FAMISANAR S.A.S.** en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 del C.S.T., a pagar al señor **FRANCISCO RODRÍGUEZ CAICEDO**, las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$4.087.556**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$163.564**, por concepto de intereses sobre el auxilio de cesantía.
- c) **\$2.104.222**, por concepto de prima de servicios.
- d) **\$2.041.889**, por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 18 de enero de 2016 y como IPC final al momento de su pago.
- e) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$45.333,33** a partir del 18 de enero de 2016 y hasta que se efectúe el pago total de prestaciones sociales adeudadas.
- f) Por concepto de sanción por la no consignación de las cesantías la suma de **\$4.896.000**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 18 de enero de 2016 y como IPC final al momento de su pago.

**TERCERO: DECLARAR PROBADA** de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

**CUARTO: DECLARAR** probada la excepción de imposibilidad de afectar la póliza por ser el hecho anterior a la vigencia del contrato de seguro y, en consecuencia, **ABSOLVER** a las llamadas en garantía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, de todas y cada una de las pretensiones relacionadas con la afectación de la póliza de cumplimiento a favor de particulares núm. 1289778-6, en armonía a lo motivado.

**QUINTO: CONDENAR** en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de la **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR** y **EPS FAMISANAR S.A.S.**

**SEXTO: SIN CONDENA** en costas a **EPS FAMISANAR S.A.S.** y a favor de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

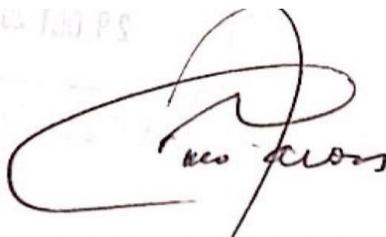


**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

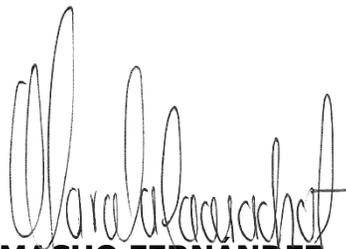


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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

#### **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **FRANCISCO RODRÍGUEZ CAICEDO** y a cargo de cada una de las demandadas **ASOCIACIÓN DE AMIGOS CONTRA EL CÁNCER PROSEGUIR** y **EPS FAMISANAR S.A.S.**, en la suma de \$1.000.000.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** SANTIAGO NICOLÁS UMAÑA BLANCHE  
**Demandada:** COLPENSIONES, AFPs PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A.  
**Radicado No.:** 20-2020-00109-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO – APELACIÓN DEMANDADA- ADICIONA.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

## SENTENCIA

### AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL CORTÁZAR CAMELO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

En el mismo sentido se reconoce personería para actuar al Dr. NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la AFP Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Santiago Nicolás Umaña Blanche instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., Colpensiones y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del trasladado con la primera de ellas, ante la omisión del deber de información con prudencia y pericia y, de manera clara, completa, veraz, oportuna y adecuada respecto de las implicaciones que tenía el cambio de régimen. En consecuencia, pidió que se ordene a Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., la devolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Así mismo, peticiona que Colpensiones reactive su afiliación; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde su inicio de su vida laboral hasta septiembre del año 1998, dado que ante una campaña de desinformación de las AFPs en general, firmó un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con destino a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 17 de marzo de 1998. Indicó que la afiliación se realizó sin haberle

suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conlleva su decisión de traslado de régimen. Refirió que posteriormente fue trasladado a Skandia S.A. el 22 de febrero de 2010, sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas y consecuencias de los regímenes pensionales. (Expediente electrónico, PDF 01 2020-109 fl 61, págs. 5 a 19)

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

### **3. Contestación de la demanda**

**3.1. Colpensiones.** En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquel. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

Agregó que no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y, por tanto, no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 de 2003. En su defensa propuso la excepción previa de falta de competencia y como de fondo las que denominó 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 social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 06 2020-109 ord fl 320-396 contestacion colpensiones 07-07-2021\_pagenumber)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar contestación del libelo introductor se opuso a la totalidad de las pretensiones esgrimiendo que al momento de realizar el traslado de régimen pensional lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informado, pues recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente electrónico, PDF 05 2020-109 ord fl 207-319 contestacion porvenir 06-07-2021\_pagenumber)

**3.3. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor aduciendo que el 22 de febrero de 2010, el actor suscribió formulario de solicitud de vinculación por cuarta vez, como traslado de la AFP Horizonte hoy Porvenir, afiliación que se hizo efectiva el 1 de abril de 2010 y la cual se encuentra vigente a la fecha. Refirió que para la fecha de afiliación le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez.

En su defensa propuso las excepciones que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 04 2020-109 ord fl 66-109 contestación skandia 02-07-2021)

#### **4. Contestación demanda y llamamiento en garantía**

**4.1. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que el acto de traslado, atendiendo las regulaciones normativas acerca del derecho a la información sobre el particular que en la respectiva época regían a la AFP COLPATRIA de entonces, presumió que cumplió a cabalidad con lo que le correspondía, ya que la selección de un régimen pensional es, tal y como lo advierte el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, "libre y voluntario", además, de conformidad con el inciso 2º del artículo 2º del Decreto 1642 de 1995-, en el ámbito de la "autonomía de la voluntad", el actor tomó la decisión de elegir el régimen pensional en el que quería estar.

Refirió que el acto del que se pide la declaración de "ineficiencia" fue lícito y, por lo tanto, jurídicamente eficaz; ello implica que, en la perspectiva de los presupuestos materiales para una sentencia de fondo favorable, la parte demandante carece del derecho material. Propuso las excepciones de fondo que denominó el acto jurídico de traslado de AFP por parte del demandante, sin implicar cambio de régimen pensional, fue debidamente informado y la decisión tomada por el afiliado se dio al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediado y/o determinado por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícito y válido, y la genérica.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, sostuvo se opuso expresamente a las pretensiones que son propias del llamado y como excepciones propuso las de prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, frente a la acción material ejercida por la parte demandante; la demandada carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a Mapfre; no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 13 2020-109 fl 413-491 contestacion mapfre 24-09-2021\_pagenumber)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 7 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen Pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el demandante hacia la sociedad Colpatria hoy Porvenir S.A.; ordenó a Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. Condenó en costas a las demandadas Colpensiones y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., además, a esta última y en favor de la aseguradora llamada en garantía.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico dilucidar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual. Con tal

propósito, sostuvo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuando no hay libertad informada para un traslado de régimen de pensiones, la consecuencia jurídica es la ineficacia del traslado. Así, colige que no se encuentra demostrado que le haya dado una información clara, necesaria, completa, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional, siendo la carga de la prueba de los fondos probar tal situación. Indicó que no procedía la devolución de los gastos administrativos y seguros previsionales dado a que son dineros que ya fueron causados y cumplieron su función. (Expediente electrónico, audio 19 11001310502020200010900 Aud. Art. 77 C.P.T.Y.S.S.-20220207\_130553-Meeting Recording)

**6. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** formuló recurso de apelación esgrimiendo que el actor suscribió formulario de afiliación en el año 1998 con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. de forma libre, espontánea y sin presiones conforme a lo dispuesto en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por tanto, no se encuentra viciado su consentimiento de forma alguna. Refirió que el mismo tenía el deber de solicitar información adicional de su futuro pensional, aspecto que no ocurrió en tanto que no se acercó al fondo de pensiones durante toda su vinculación y solamente lo hizo cuando realizó un traslado horizontal a Skandia en el año 2010, cuando ya estaba inmerso en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003. Solicitó que fuese absuelta de la condena en costas, toda vez que ha actuado en cumplimiento de una orden legal y en nada tuvo que ver con la decisión que tomó el actor, al trasladarse al régimen pensional.

## **7. Alegatos de conclusión**

**7.1. Parte Demandante.** Alegó en su favor que a la luz del precedente judicial establecido por la Corte Suprema de Justicia el formulario de afiliación no es suficiente prueba que conduzca a demostrar que la AFP Porvenir proporcionó información completa y comprensible, a la medida de la diferencia existente entre un administrador experto y un afiliado que no es versado en materias de alta complejidad legal.

**7.2. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A.** En su escrito de alegaciones solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia.

**7.3. Colpensiones.** Argumentó que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003. Refirió que la parte demandante señala haberse trasladado por medio de la presunta ignorancia del sujeto "débil" de la relación contractual, la cual a la postre termina siendo un error sobre los elementos esenciales del negocio jurídico, que para el presente eran totalmente sanables o no podría emplearse tal categorización, ya que el error residiría en el ejemplo que nos ha otorgado la doctrina civil, ello es en la que el sujeto compra una barra de plomo creyendo que es de plata, lo que traído al caso en concreto no es aplicable, ya que en primera medida en el RAIS es posible pensionarse con una mesada superior al RPM, así mismo el RAIS al ser de capital permite que la persona pueda pensionarse en cualquier tiempo siempre y cuando cuente con los fondos económicos mínimos para ello, por ultimo sobre la presunta información que el ISS se iba a acabar no es del todo falso, teniendo en cuenta que surgió COLPENSIONES en su lugar.

**7.4. AFP Porvenir S.A.** En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de

afiliación. Consideró que el traslado de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

#### **Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado**

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

#### **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que Santiago Nicolas Umaña Blanche, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 21 de septiembre de 1984, con cotizaciones hasta el 31 de marzo de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por dicha entidad; que suscribió formulario de afiliación con el Fondo de Pensiones Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. el 17 de marzo de 1998 y que con posterioridad se afilió con Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. el 22 de febrero de 2010, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

#### **Carga probatoria y deber de información**

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1998- la CSJ ha señalado que las AFPs debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFPs codemandadas, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Igualmente, la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que "(...) las cotizaciones no son un requisito de

*validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (...)*”.

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

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

Por tanto, las AFPs sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica.

### **Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información**

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen**".

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió el Fondo de Pensiones Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. en el año 1998, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 17 de marzo de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el

acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

### **Aceptación de aportes y activación de la afiliación**

Ahora bien, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de las AFP los aportes efectuados por aquél a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

### **Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos.**

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFPs privadas están obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales** y a **constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, concluyó:

*"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*

*(...) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir

el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de AFP Porvenir S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a Colpensiones.

De tal manera, no resulta atendible lo afirmado por el A quo, pues es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

Ahora, como no se hizo extensiva la condena a AFP Porvenir S.A., asimismo, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

### **Excepción de prescripción**

La acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer

parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **Llamamiento en garantía**

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

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

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

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

En ese sentido, es claro que habrá de confirmarse la decisión, pero por las razones aquí anotadas en esta providencia.

### **Costas en primera instancia a cargo de Colpensiones**

Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra Colpensiones, tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria

como lo pretende su apoderada en el recurso de apelación y menos aún cuando, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

### **Costas**

Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

### **DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

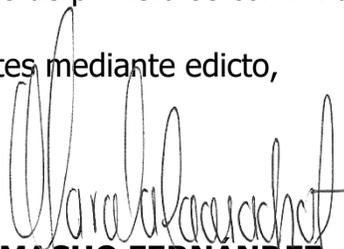
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de febrero de 2022 y, en consecuencia, **CONDENAR** a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, así como comisiones, rendimientos, los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de manera indexado desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que el demandante decidió trasladarse a **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, de conformidad con lo motivado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada y, en consecuencia, **ORDENAR** a **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** devolver a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

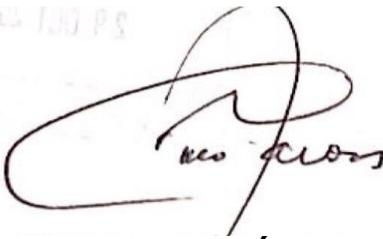
**CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS.** Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

2020 JUN 10 P 5



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINTEGRO  
**Demandante:** SANDRA JUDITH QUINTERO OVIEDO  
**Demandado:** ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.  
**Radicación:** 15-2020-00360-01  
**Asunto:** APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE - CONFIRMA

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril del dos mil veintidós (2022)

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 8 de febrero del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

## SENTENCIA

### ANTECEDENTES RELEVANTES

**1. Demanda.** Sandra Judith Quintero Oviedo, instauró demanda ordinaria contra Itaú Corpbanca Colombia S.A., con el propósito de que se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando, por haber sido despedida cuando se encontraba amparada con la garantía de fuero sindical en su calidad de miembro principal de la junta subdirectiva del Sindicato Nacional de Empleados Bancarios – SINAEB Seccional Bogotá; al pago de salarios, prestaciones sociales, beneficios extralegales y convencionales dejados de percibir a título de indemnización, junto con los incrementos en los salarios causados, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 3 de septiembre de 2012 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la accionada, para desempeñar el cargo de Gerente Pyme. Refirió que el Sindicato Nacional de Empleados Bancarios – SINAEB Seccional Bogotá, cuenta con registro de inscripción No. COS-006 desde el 27 de marzo de 2018, con domicilio en la ciudad de Facatativá – Cundinamarca y quien el 17 de octubre de 2019 celebró Asamblea General de Afiliados, donde se eligió miembros de Junta Directiva Bogotá, nombrándola como Fiscal.

Indicó que su elección como subdirectiva sindical o miembro de Junta Directiva Seccional fue comunicada al empleador, por intermedio de su gerente de Relaciones Laborales Seguridad y Salud en el trabajo, mediante senda carta radicada el 21 de octubre de 2019; además, el 23 del mismo mes y año se inscribió la modificación de la Junta Directiva Seccional Bogotá ante el Ministerio de Trabajo. Señaló que su fuero sindical tiene protección desde su elección, esto es, el 17 de octubre de 2019 y por el término de 1 año, de conformidad con el párrafo 7º del artículo 37 de los estatutos sindicales.

Sostuvo que el 21 de julio de 2020 se celebró asamblea general, modificándose la Junta Directiva o Subdirectiva Seccional, siendo protegida por su fuero sindical por 3 meses subsiguientes a la modificación de los miembros; que ostentó el cargo de fiscal hasta la citada fecha, razón por la cual al día siguiente fue comunicada a la accionada la modificación y el 9 de agosto de 2020 fue radicada con el No. 3EE20207211000002560. Advirtió que fue despedida el 21 de agosto de 2020 sin justa causa, pese a tener su estabilidad laboral en virtud del fuero sindical, data para la cual devengaba un salario de \$7.902.510 y se beneficiaba de los derechos consignados en la convención colectiva de

trabajo vigente entre el 1 de septiembre de 2019 al 31 de agosto de 2021. (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, págs. 1 a 6)

**2. Contestación de la demanda.** En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada argumentando que no tiene obligación de efectuar el reintegro solicitado, teniendo en cuenta que no tenía el deber de adelantar proceso de levantamiento de fuero sindical, ya que el contrato de la demandante terminó por decisión unilateral y sin justa causa el 21 de agosto de 2020, fecha para la cual tenía conocimiento del documento adiado 22 de julio del mismo año, en el cual se informaba la elección de la demandante en el puesto 16 de la lista de la Junta Directiva, es decir, por fuera de los 5 miembros principales y de los 5 suplentes de la organización sindical y de los que trata el artículo 406 del C.S.T. Resaltó que con anterioridad al 22 de julio de 2020, esto es, el 21 de octubre de 2019, el sindicato había comunicado el nombramiento de la actora, en el puesto número 18 de la Junta Directiva, es decir, por fuera de los 5 miembros principales y de los 5 suplentes de la organización sindical. Refirió que no se le allegó el acta de asamblea y por tanto no tuvo conocimiento si dentro de su elección correspondía a principal o suplente.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 2°, 16°, 17° y 20°, relacionados con la existencia de la relación laboral, la fusión del Banco Itaú y Corpbanca S.A., el salario devengado, los beneficios convencionales y la comunicación que la organización sindical SINAEB y la demandante dirigió con el fin de obtener el reintegro; parcialmente el 15° referente a que la demandante fue despedida sin justa causa, y respecto de los demás dijo no ser ciertos o no constarles. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó improcedencia del reintegro, prescripción, buena fe, compensación y genérica. (Expediente electrónico, audio 63Audiencia1Febrerode2022FueroSindical20200036000)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 8 de febrero de 2022, en la que el fallador absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda, gravando en costas a la actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, el juzgador en primer término señaló que no existe discusión en torno a la condición de trabajadora de la demandante a favor del Banco accionado; tampoco que el 21 de agosto de 2020 le fue finalizado el vínculo laboral por decisión unilateral de este. Así las cosas, centró la discusión frente a la condición de aforada sindical alegada y la existencia de la organización sindical. Con tal propósito citó los artículos 39 de la Constitución Política y, 406 y 407 del C.S.T., entre otras disposiciones, así como el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, para significar que conforme a la certificación expedida por el sindicato SINAEB, la promotora del litigio se encontraba afiliada a este.

Seguidamente, tras verificar el acervo probatorio allegado por la parte demandante sostuvo que para el año 2019, que fue elegida como Fiscal dentro de la citada organización sindical, de conformidad con la Constancia de Registro Modificación de la Junta Directiva expedida por el Ministerio de Trabajo el 8 de agosto de 2019, de ahí que contaría con la garantía fuero sindical. Además, observó que, con posterioridad, para el año 2020 y luego de un cambio de junta directiva, dejó de estar dentro de los 5 principales y 5 suplentes, sin embargo, el fuero sindical se extendió por tres meses, de conformidad con el artículo 407 del C.S.T.

No obstante, evidenció que hubo una comunicación dirigida al empleador radicada el 21 de octubre de 2019, mediante la cual la asociación sindical puso de presente la elección de los directivos realizada mediante asamblea del 17 del mismo mes y año, en el que se menciona a la demandante como integrante de dicha lista en el número 18 y sin que se

acreditará en el expediente el envío a la pasiva de la constancia de su inscripción ante el Ministerio de Trabajo; además, observó que posteriormente la misma organización el 22 de julio de 2020 dirigió comunicación al empleador tendiente a informar la nueva elección de la Junta Directiva, donde informó que la actora integra la lista como 16.

Así las cosas, concluyó que el sindicato no cumplió con los preceptos establecidos en el ordenamiento jurídico, esto es, poner en conocimiento al empleador la conformación y cambios presentados en la junta directiva al respecto, pues conforme a las citadas comunicaciones la demandante estaba en la posición 18 y 16 respectivamente, por lo que no le era exigible la garantía foral, ya que no tuvo conocimiento y, por ende, tampoco era oponible al momento del retiro de la trabajadora, razón por la cual debía absolver a la encartada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, audio 65Audiencia8Febrero2022FS202000360)

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** formuló recurso de apelación aduciendo que es un hecho cierto que la primera comunicación es la que produce los efectos de oponibilidad respecto del fuero sindical alegado, de tal manera que aunque no hubo una comunicación por parte de la organización sindical para octubre de 2019 que fuese clara y especificando cada uno de los cargos de los miembros de la Junta Directiva, no obstante, dijo que el acta de la Junta Directiva que se identifica con JD475 que quedó registrada el 23 de octubre de 2019, fue realmente la primera comunicación que realizó el sindicato, en los términos de las sentencias C-465 y 734 de 2008. De esta forma señaló que la comunicación inmediata proviene por parte del Ministerio de Trabajo y en consecuencia esta resulta ser la oponible y la que activa el fuero sindical a la demandante.

Esgrimió que la apoderada general de la demandada manifestó que recibió un comunicado por parte del Ministerio de Trabajo el mismo día que despidió a la actora, siendo que para ese momento era oponible el fuero sindical, puesto que aquella se encontraba dentro del 5° renglón fungiendo como Fiscal del sindicato. Reiteró que la comunicación oponible al empleador fue el registro sindical que se hizo ante el Ministerio del Trabajo respecto de la asamblea general que se realizó el 17 de octubre de 2019. (Expediente electrónico, audio 65Audiencia8Febrero2022FS202000360)

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La demandante gozaba de fuero sindical al momento de producirse su despido y por tanto la empleadora estaba obligada a solicitar permiso judicial para finiquitar el vínculo?

### Existencia de la relación laboral, extremos y salario

Debe comenzar por señalarse que no fue materia de controversia lo atinente a la existencia del contrato de trabajo de Sandra Judith Quintero Oviedo con Itaú Corpbanca Colombia S.A., sus extremos temporales, cargo y salario, pues son supuestos fácticos que emergen con claridad de las documentales adosadas al plenario, entre otros, el contrato de trabajo (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, págs. 158 a 163), carta de terminación de la relación laboral (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, pág. 164), liquidación final de acreencias laborales

(Expediente electrónico, enlace web, PDF 5. Liquidación) y certificación laboral (Expediente electrónico, enlace web, PDF 14. Certificación Laboral), además fueron aceptados expresamente en la contestación de la demanda.

## Existencia del Sindicato y su afiliación

La existencia de la organización sindical denominada **Sindicato Nacional de Empleados Bancarios – SINAEB**, de primer grado e industria, fue acreditada con la certificación expedida por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de Trabajo (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, pág. 157). Adicionalmente, se halla probada la afiliación de la demandante al citado sindicato, pues se observa en el expediente certificación expedida por el presidente de SINAEB Seccional Bogotá que da cuenta que la actora se encontraba afiliada desde el 19 de octubre de 2018, encontrándose a paz y salvo (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, pág. 153).

## Fuero sindical

Como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, el ataque formulado contra la sentencia de primer grado se orienta en la notificación que de su calidad de miembro de la junta directiva hizo la organización sindical a la empleadora, pues mientras la censura considera que a la entidad financiera se le comunicó oportunamente esa decisión colectiva, debido a que el primer acto de notificación se dio con el registro de modificación de junta directiva ante el Ministerio de Trabajo, el A quo estima que el banco al momento de efectuar el despido no tenía conocimiento que la demandante era integrante de la Junta Directiva, ya que a pesar de que en la comunicación radicada ante la accionada el 21 de octubre de 2019 se informó su modificación, no obstante, la actora se encontraba en posición núm. 18, de manera que de ese acto de notificación no se podía dimanar la garantía foral que se depreca en la demanda.

Planteadas así las cosas, ciertamente el artículo 371 del C.S.T. dispone que cualquier cambio total o parcial en la junta directiva de un sindicato debe ser comunicado en los mismos términos indicados en el artículo 363 *ejusdem*, pues mientras no se llene este requisito, el cambio no surte efecto alguno, en tanto que ello tiene como fin no solo que la condición de aforados de los nuevos integrantes le sea oponible al patrono, sino, además, que el empleador tenga certeza de que trabajadores cuentan con tal calidad y hasta cuando persiste. Así, la garantía foral es oponible al empleador cuando dicha modificación le es comunicada por escrito, de conformidad con la citada preceptiva, según la cual dispone lo siguiente:

**"ARTICULO 363. NOTIFICACIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 43 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez realizada la asamblea de constitución, el sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo empleador y al inspector del trabajo, y en su defecto, al alcalde del lugar, la constitución del sindicato, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los fundadores. El inspector o alcalde a su vez, pasarán igual comunicación al empleador inmediatamente."

A propósito de los reproches señalados por la apelante, debe precisar la Sala conforme a la norma reseñada, que el acto de publicidad que legitima al sindicato para ejercitar los derechos que le corresponden frente a terceros o que anuncia cambios en su junta directiva y que hace exigibles los derechos que dimanar de su pertenencia a él, es la comunicación escrita al respectivo empleador y al inspector de trabajo, sin que la norma obligue notificar conjuntamente a estos dos sujetos para perfeccionar tal acto, pues se entiende como suficiente la comunicación a uno de los dos, ya que si se produce en primer

término a la autoridad del trabajo o a la primera autoridad política, la norma obliga a que estos pasen de manera inmediata igual comunicación al empleador, lo que significa que al ser varias las comunicaciones mediante las cuales el sindicato publica su constitución o los cambios en sus directivas, la protección foral se predica a partir de la primera de ellas.

Así, lo dijo la Corte Constitucional en sentencia C-465 de 2008, mediante la cual se examinó la constitucionalidad del artículo 371 del C.S.T., quien esbozó sobre el momento a partir del cual tienen eficacia los cambios en la integración de la junta directiva de un sindicato, lo siguiente:

*"Ahora bien, en el caso de los empleadores y el Gobierno es fundamental la determinación acerca del momento en que adquieren eficacia los cambios para establecer cuáles son los trabajadores amparados por el fuero sindical. De acuerdo con el artículo 371, los cambios en la junta directiva de un sindicato solamente surten efectos luego de que se hubiera notificado de ellos, por escrito, al inspector del trabajo y al empleador. Dado que, por lo regular, las dos notificaciones no son simultáneas, la pregunta que surge es si el amparo del fuero opera desde que se practica la primera notificación o solamente a partir de que el Ministerio y el patrono hayan recibido la comunicación.*

*La Corte considera que, desde la perspectiva del derecho constitucional de asociación y libertad sindical, la respuesta apropiada es que la protección foral opere desde que se efectúa la primera notificación. Ello, por cuanto en el caso de que el primer notificado hubiere sido el empleador éste adquiere desde el mismo momento de la comunicación la obligación de respetar el fuero sindical de los nuevos dirigentes. Y porque, en el caso de que el primer notificado hubiera sido el Ministerio, éste adquiere la obligación de comunicar inmediatamente al empleador sobre la designación realizada."*

En esa misma dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STL3109-2017, reiterada en sentencias STL8168-2018 y STL4769 de 2019, señaló lo siguiente:

*"(...) se tiene que para que fuera eficaz, válido y oponible el fuero sindical (...) debió cumplirse con el requisito de comunicar a su empleador su condición de miembros de la Junta Directiva de la organización sindical, de otra manera, se estaría violando la garantía superior del debido proceso.*

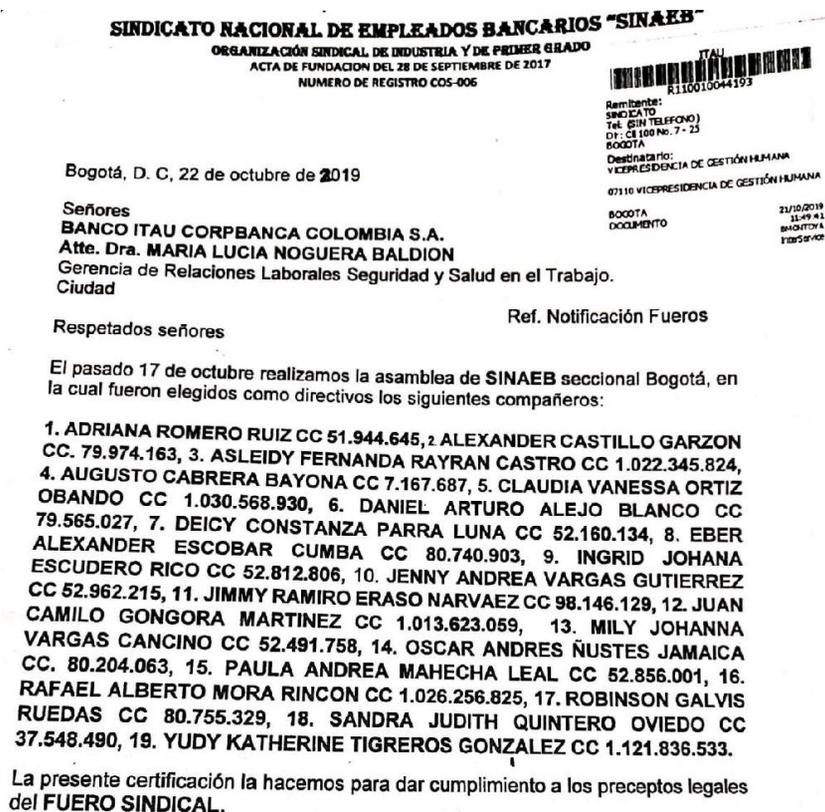
*Así las cosas, para que sea oponible al empleador la condición de aforado de un trabajador, esta debe ser comunicada por escrito, como se explicó en precedencia. Por tanto, para el caso del empleador opera inmediatamente después de que le ha sido comunicado y para el Ministerio del Trabajo surge la obligación de informar al empleador el cambio realizado a efecto de que se surta la notificación de este, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-465 -08 del 14 de mayo de 2008 al declarar condicionalmente exequible el artículo 371 del C.S.T., en el entendido que «desde la perspectiva del derecho constitucional de asociación y libertad sindical, la respuesta apropiada es que la protección foral opere desde que se efectúa la primera notificación. Ello, por cuanto en el caso de que el primer notificado hubiere sido el empleador éste adquiere desde el mismo momento de la comunicación la obligación de respetar el fuero sindical de los nuevos dirigentes. Y porque, en el caso de que el primer notificado hubiera sido el Ministerio, éste adquiere la obligación de comunicar inmediatamente al empleador sobre la designación realizada», procedimiento que no fue acreditado en el citado trámite, por lo que no se le puede imponer a la accionante una carga que no le corresponde, pues ello constituye una violación a la garantía constitucional del debido proceso."*

Aplicando las reglas jurisprudenciales anteriormente expuestas al caso concreto, no existe duda de que la aquí demandante fue nombrada el 17 de octubre de 2019 en asamblea

general como miembro principal de la junta directiva del sindicato SINAEB, que además de aparecer inserto en tal acta, aparece listado de votación de junta directiva anexa a la misma (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, págs. 169 a 173). Sin embargo, como quiera que deriva el fuero sindical que reclama de esa condición de miembro, de conformidad con el artículo 406 del C.S.T., según el cual "c) *Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más*", resta examinar la Sala puntualmente si en los términos del artículo 363 de la misma norma sustantiva, la trabajadora o la organización sindical comunicaron por escrito al respectivo empleador la modificación de la citada junta, para que surtan efectos legales aquella prerrogativa, es decir, la garantía foral.

Conforme a lo anterior, si bien no fue un hecho discutido en la contestación de demanda por parte de Itau Corpbanca Colombia S.A. que recibió comunicación de la agremiación sindical en la que se informaba la modificación de la junta directiva el 21 de octubre de 2019, sin embargo, dejó claro que en aquella misiva se informó que la actora no se eligió como directiva sindical, pues se adujo "que ostentaba el puesto No. 18 de dicha junta, es decir, por fuera de los 5 principales y 5 suplentes de que trata el literal c) artículo 406 del CST".

Al respecto, verificada la misma, se tiene que la asociación sindical comunicó a la empleadora lo siguiente:



De acuerdo con ello, la comunicación de cambio de junta directiva aportada registra 19 miembros, entre ellos, la accionante, quien ocupa en dicho listado el puesto núm. 18, por manera, atendiendo que las disposiciones en cita amparan con la garantía foral a diez miembros de la junta directiva sindical, pues el artículo 407 del C.S.T. señala que cuando la directiva se componga de más de cinco (5) principales y más de cinco (5) suplentes, el amparo sólo se extiende a los cinco (5) primeros principales y a los cinco (5) primeros suplentes **que figuren en la lista que el sindicato pase al empleador**, la Sala encuentra que no se halla acreditado que la señora Quintero Oviedo, en tal condición, era beneficiaria del fuero sindical alegado, pues, el empleador pese a que tuvo conocimiento

del cambio, verificó que la actora no se encontraba entre los diez miembros que señala la norma en comento, de tal suerte le impedía la oponibilidad de la condición de aforada, ante la falta de publicidad de su acto de nombramiento dentro miembros previstos en la norma.

En otras palabras, pese a que la asamblea general la nombró como miembro principal de la junta directiva del sindicato SINAEB, para la encartada, de cara a la comunicación y atendiendo que la garantía foral acobija a solo diez de los miembros de la junta directiva, coligió que la misma no era beneficiaria del fuero, pues la agremiación sindical así lo afirmó al indicar que la promotora del proceso ocupaba el puesto núm. 18 entre todos los nombrados, de tal forma y ante dicho evento es claro que el cognoscente de primer grado no se equivocó al inferir que no se podría hacer extensivo los efectos de la protección laboral por fuero sindical, cuando quiera que no se comunicó al empleador que la actora pertenecía a la junta directiva dentro de los 5 principales, para así hacer efectivo el fuero sindical alegado.

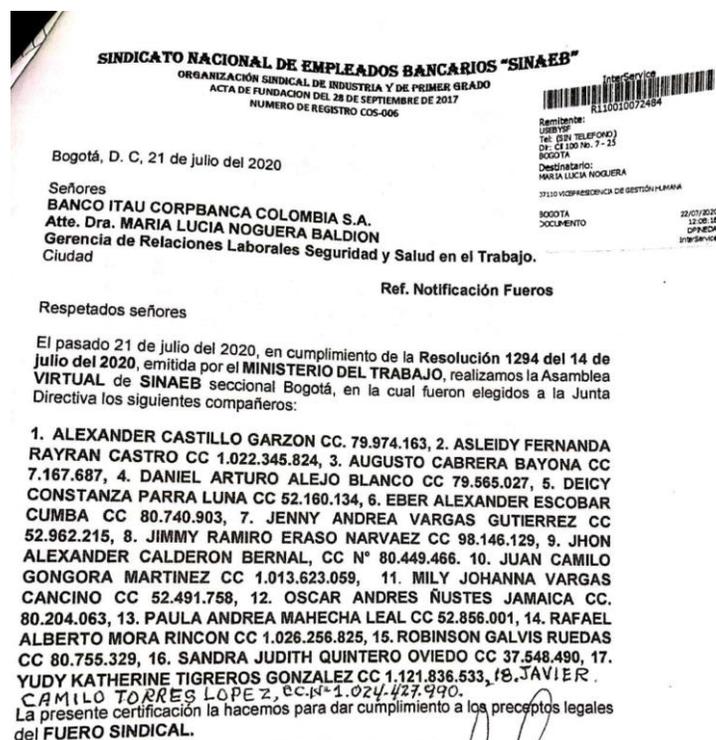
Ahora, en cuanto al reproche esencial del asunto bajo estudio que estriba en que tal carga se suplió con el registro de modificación de la junta directiva ante el Ministerio de Trabajo, debe decir esta Corporación que la inscripción del acta modificatoria de la junta directiva ante la citada cartera ministerial se llevó a cabo el 23 de octubre de 2019 a la hora de la 7:30 a.m., y no debe entenderse, como sugiere la censura, como la primera notificación conforme a lo establece el artículo 363 del C.S.T., ello en atención a que si bien esta cumplió con la finalidad de comunicar por escrito al Ministerio del Trabajo la modificación de los directivos de la agremiación sindical, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de ellos (Expediente electrónico, 01DemandaAnexos, págs. 168 y s.s.), no puede pasarse por desapercibido que (i) la primera notificación de dicho acto se dio con la comunicación que SINAEB realizó el 21 de octubre de 2019 ante el empleador, la cual es oponible a este último, según el criterio de las Altas Corporaciones, pero en todo caso si se admitiera lo contrario, dentro del haz probatorio (ii) no se encuentra constancia de que dicho ente público haya comunicado al empleador la nueva designación de los directivos, aspecto que no se puede derivar de la declaración de parte que realizó la representante legal de la entidad accionada, como erróneamente pretende la apelante en tanto que aquella de ningún modo lo confesó:

*"que paso particularmente el 21 de agosto, a la señora Judith se le notificó la terminación de su contrato a las 8:13 a.m. (...); que paso después de que había finalizado la relación laboral, sobre las 3:00 de la tarde, 4:00 de la tarde, no recuerdo bien la hora, nos llegó un comunicado directamente del Ministerio del Trabajo relacionada con esta junta del mes de julio de 2020, donde informaba que efectivamente la señora Judith era número 5° de esta junta, lo que difería de la comunicación que el Banco había recibido previo al despido de la trabajadora (...) en el momento en que recibimos la comunicación tanto del 2019 como del 2020 no venida nada anexo, ósea no había ninguna discriminación de los cargos, no había disposición de que se había realizado la asamblea y solamente fue posterior al despido que se recibe, por eso están importante la precisión de las horas, que recibe una comunicación por parte del Ministerio (...)"*

Es decir, no resulta ser cierto lo afirmado por la apelante en tanto que del dicho de la representante legal no se puede derivar confesión alguna con la que se pueda colegir que la entidad financiera conocía de la calidad de directiva y por tanto del amparo que le otorgaba la garantía foral, pues el registro de la nueva junta directiva, según la deponente, sólo lo conoció de manera posterior a la fecha del despido de la trabajadora, razón que impedía la oponibilidad de la condición de aforada.

Corolario de lo anterior, es claro para esta Sala que el empleador no tuvo conocimiento de su designación como quinta principal de la Junta Directiva, lo que imposibilita el reconocimiento de la condición de aforada sindical.

Por otro lado, debe acotar la Sala que, aunque posteriormente al 17 de octubre de 2019 el sindicato realizó una nueva asamblea, mediante la cual se hizo cambio de junta directiva siendo elegida la demandante como secretaria, lo cierto es que también quedó por fuera de los cinco (5) primeros principales y suplentes, situación que se comunicó al empleador, tal como se evidencia a continuación:



Y allí tampoco se anotó que, pese al cambio de la junta directiva, la señora Sandra Judith Quintero Oviedo continuaría durante el término de 3 meses con fuero sindical, dada la condición de la primera elección como directiva principal de la agremiación sindical, en los términos del numeral 2º del artículo 407 del C.S.T. Así las cosas, la situación fáctica de cara al haz probatorio y las normas legales y jurisprudenciales que fueron aplicadas al tema debatido, impiden acceder al reintegro solicitado por la promotora del proceso bajo la figura del fuero sindical alegado, tal y con acierto lo concluyó el cognoscente de primer grado.

Como resultado de lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia proferida en primer grado.

## Costas

Sin costas en esta instancia. Las de primera se confirman.

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

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de febrero del 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

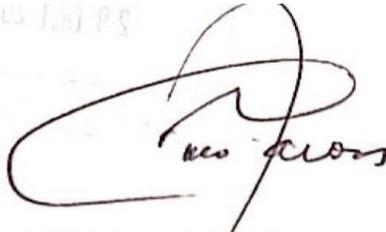
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

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