



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** GUILLERMO HERRÁN RODRÍGUEZ  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicado No.:** 22-2021-00272-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

### AUTO

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

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.** Guillermo Herrán Rodríguez instauró demanda ordinaria contra AFP Protección S.A. y Colpensiones, con el propósito de que se declare la nulidad absoluta y/o ineficacia del traslado de régimen del RPMPD al RAIS y en consecuencia se condene a la AFP demandada trasladar a Colpensiones, todos los valores que se hubieren recibido en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que realizó aportes a ISS desde marzo de 1978 hasta agosto de 1996, data a partir de la cual se trasladó al RAIS. Indicó que la AFP Protección S.A. no le brindó asesoría completa, clara, junto con las ventajas y desventajas del cambio al RAIS, razón por la cual solicitó el traslado a Colpensiones, petición que le fue negada. (Expediente electrónico, PDF 001DemandayAnexos)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 004Notificacions); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

#### 3. Contestación de demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones alegando que estas carecen de sustento factico y legal, entre tanto que

dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Indicó que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del demandante, por tanto, las documentales se encuentran sujetas a derecho y pone en evidencia que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria. Refirió que aquel no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, además, que se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003.

Como excepciones de mérito propuso las que denomino, 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 prestaciones 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 e innominada. (Expediente electrónico, PDF 005ContestacionColpensiones)

**3.2. AFP Protección S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que el traslado se hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, dado que el demandante recibió información clara, veraz y oportuna, por tanto, la afiliación es totalmente valida y eficaz. Indicó que no existió vicio en el consentimiento de la afiliación al RAIS que conlleve a decretar la nulidad, aunado a que el formulario tiene naturaleza de un contrato para ambas partes en virtud del cual surgieron obligaciones. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causal para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación a devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 007ContestacionProteccionS.A)

**4. 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 del traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó a la AFP demandada trasladar a Colpensiones el saldo existente que reposa en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos financieros y bonos pensionales, además, los gastos de administración y primas del seguro previsional debidamente indexados. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante; finalmente, condenó en costas a la AFP Protección S.A.

Para arribar a tal decisiva indicó que la selección del régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, preceptiva que establece la selección libre voluntaria por parte del afiliado, la cual, en los términos del artículo 114 ibídem, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Expuso que de conformidad con la sentencia SL 1688 de 2019, las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación están obligadas a brindar información objetiva.

Así las cosas, consideró que la AFP Protección S.A., incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del C.G.P., en tanto, que no demostró haber brindado al actor información clara, cierta, comprensible, oportuna, de las características, condiciones y beneficios, diferencia, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como sus ventajas y desventajas para el año 1996. Resaltó que si bien se allegó el formulario de

afiliación con la correspondiente firma y en el interrogatorio de parte el actor manifestó que suscribió el mismo de manera libre y sin presiones, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos, lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda.

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

**5.1 AFP Protección S.A.** Recurrió la decisión proferida manifestando que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, debiéndose por tanto revocar la condena, así como las declaraciones. Explicó que las entidades del régimen público como del régimen privado están facultadas para realizar los descuentos que se realizan para cubrir los gastos de administración y riesgos de invalidez y sobrevivencia, además, las restituciones mutuas se aplican en estos casos, de allí que deberá trasladarse únicamente los aportes y rendimientos.

**5.2. Colpensiones.** En su alzada indicó que no comparte la interpretación que hace el A quo respecto de la prohibición legal en la que se encuentra el demandante y la razón por la cual no la aplica, esto es, el artículo 2° de la Ley 797 2013, que modificó el artículo 3 de la ley 797 de 1993. Entendió que el juzgador de primer grado le dio una connotación de prescripción a la prohibición legal, aserción que no aplica en pro de proteger los derechos pensionales del demandante. Indicó que la citada prohibición está lejos de tener consecuencias jurídicas de carácter extintivo de derechos pensionales, máxime cuando en cualquier régimen el actor va a ser pensionado por vejez, siempre que cumpla con los requisitos de Ley. Explicó que en este tipo de procesos ningún derecho prestacional está en riesgo, razón por la cual pidió la aplicación del artículo 2° de la Ley 797 2013, ya que es una norma que no ha sido derogada.

## **6. Alegatos de Conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo las entidades demandadas no lograron demostrar que le haya brindado debida asesoría de conformidad con lo expuesto en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

**6.2. Colpensiones.** Argumentó que el demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, toda vez que al momento de la presentación de la demanda él contaba con más de 50 años. Evidenció que aquel tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a la AFP sin adolecer de vicio alguno en el consentimiento, además, recibió asesoría por parte del funcionario de la AFP, que tuvo en su debido momento la oportunidad para resolver las posibles dudas que se le generaran acerca del RAIS.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP Protección 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 artículo 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, seguros provisionales 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que el señor Guillermo Herrán Rodríguez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de diciembre de 1989 con cotizaciones hasta el 5 de mayo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente electrónico PDF GRP-SCH-HL-66554443332211\_2046-20210803093912); y desde el 22 de agosto de 1996, se trasladó a AFP Davivir hoy Protección S.A., donde se encuentra actualmente, conforme aparece en la historia laboral de cotización (Expediente electrónico PDF GRP-SCH-HL-66554443332211\_2046-20210803093912, págs. 38 a 54 y 84).

### **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 1996- 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.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP codemandada, 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.

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-impresada 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, 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 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 solo 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**

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 del 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 Protección S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, 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, de manera indexada, 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 y 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 nonos 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 demandado 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, de allí que se siga confirmar la sentencia de primer grado.

### **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 impondrá costas a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

## DECISIÓN

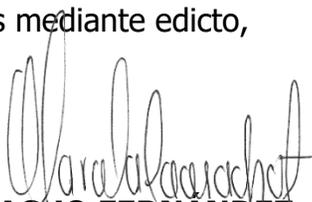
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

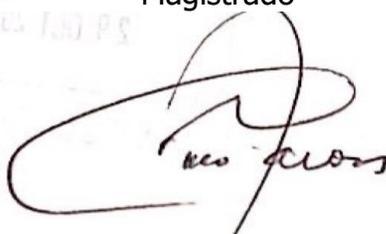
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

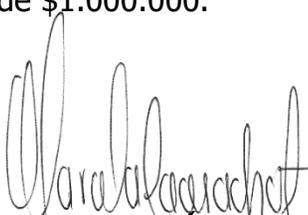


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-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 del 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 FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** HÉCTOR OFELIO MONTENEGRO CIFUENTES  
**Demandada:** COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.  
**Radicado No.:** 27-2017-00720-01  
**Tema:** CONTRATO DE REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE-REVOCA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de 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.** Héctor Ofelio Montenegro Cifuentes instauró demanda ordinaria contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral desde el 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016, de forma ininterrumpida y a término indefinido, en tanto que la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato es ineficaz; además, que le es aplicable la convención colectiva de trabajo suscrita entre la demandada y Sintravalores. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de primas semestrales extralegal, prima de vacaciones, bonificación de antigüedad, reliquidación de cesantía teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el texto extralegal que no le fueron pagados, indemnización legal y extralegal por despido sin justa causa, indemnización moratoria, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios como trabajador de la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A., sociedad que cambió su nombre por el de Thomas Prosegur S.A. y posteriormente al de Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. Refirió que fue contratado para prestar sus servicios a la demandada mediante un tercero llamado Emposer LTDA, desde 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016, compañías que comparten similitud en el objeto social, puesto que se dedican al servicio de vigilancia fija y móvil, escolta de valores, de asesoría y consultoría en el área de seguridad, además, de compartir similitud de los propietarios.

Señaló que, pese a que la vinculación se hizo con un tercero, desde el 19 de enero de 2004 trabajó en forma ininterrumpida hasta el 7 de diciembre de 2016 al servicio de la encartada, desempeñando el cargo de Escolta Banco de la República, quien lo dotó de

uniformes, carné y armas, prestando sus servicios en sus instalaciones locales y pagando seguridad social. Además, sostuvo que lo capacitó, supervisó, impuso horario y le dio órdenes para el cumplimiento de todas sus labores.

Agregó que fue despedido por la enjuiciada de manera unilateral y sin justa causa el 7 de diciembre de 2016, además, dijo que dentro de la Compañía demandada existe el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. "SINTRAVALORES", quienes firmaron y está vigente una convención colectiva de trabajo que aplica, sin distinción, a todos los trabajadores, tal como lo dispone el artículo 3 y 5 de la misma. Así, afirmó que para el momento del despido se encontraba vinculado a la demandada, mediante un contrato de trabajo a término indefinido por disposición del artículo 5° de la norma extralegal, razón por la cual se le adeudan beneficios convencionales. (Expediente digital, PDF 01. Expediente digital 01 EXP 2017-720, págs. 5 a 28).

## **2. Contestación de la demanda**

**2.1. Emposer LTDA.** Se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva en auto proferido dentro de la audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. celebrada el 22 de agosto de 2019, sociedad que presentó escrito de intervención con oposición a la totalidad de pretensiones formuladas. Frente a los supuestos fácticos de la demanda expuso que el actor estuvo vinculado laboralmente, mediante un contrato de trabajo a término fijo que inició el 19 de enero de 2004 y finalizó el 7 de diciembre de 2016, fecha para la cual lo dio por terminado por justa y legal causa.

Sostuvo que no ha actuado en condición de intermediaria respecto de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., tampoco son empresas de un mismo grupo empresarial y sus objetos sociales son disímiles, dado que Emposer LTDA es una empresa dedicada a las actividades de vigilancia, mientras que la otra tiene por objeto la explotación del negocio de transporte de valores y actividades conexas en todas sus formas. Aclaró que ejerció todos los actos propios de su condición de empleador, dentro de los cuales se destacan la entrega de dotación y sanciones. Indicó que Sintravalores no es un sindicato que haga presencia al interior de EMPOSER LTDA, además, dado a que es una agremiación de base, sólo pueden afiliarse al mismo los empleados de la compañía accionada., condición que no cumple el demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó compensación, buena fe y prescripción.

(Expediente digital, PDF 01. CONTESTACIÓN DEMANDA).

**2.2. Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, indicando que el demandante no sostuvo vinculación contractual alguna con la sociedad demandada, razón por la cual no le adeuda acreencias laborales de carácter convencional. Indicó que de conformidad con las pruebas allegadas quien ostentó la calidad de empleador fue Emposer LTDA. Indicó que Sintravalores es un sindicato minoritario que hace presencia en la empresa, de modo que la convención colectiva suscrita con esta solo se limita a los trabajadores que "*desarrollen las actividades propias de la empresa*", esto es, el transporte de valores, condición o actividad que el demandante james desarrollo.

Sostuvo que la convención dispone expresamente que la misma regirá para trabajadores afiliados a Sintravalores y que pertenezcan a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., condición que tampoco cumple el aquí demandante. En su defensa formuló las excepciones previas de falta de integración del Litis Consorcio Necesario, cláusula compromisoria y prescripción y, de fondo las que denominó buena fe y compensación. (Expediente digital, PDF 01. Expediente digital 01 EXP 2017-720, págs. 262 a 287).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 8 de abril de 2022, en la que la falladora negó las pretensiones formuladas en la demanda y, en consecuencia, absolvió de las mismas a la demandada, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar la existencia del contrato de trabajo entre las partes, extremos y salario y, en consecuencia, si es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita por la sociedad demandada con Sintravalores y por ello le asiste el derecho al reconocimiento de las pretensiones de orden condenatorio que se esbozaron en la demanda. Así las cosas, en primer término, trajo a colación los elementos esenciales del contrato de trabajo previstos en el artículo 23 del CST, esto es, la prestación personal de un servicio, subordinación y el pago de una remuneración. Además, afirmó que la relación laboral se presumía en términos del artículo 24 del CST, y sobre tal aspecto hizo hincapié en el criterio señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme a ello, se adentró al estudio de los elementos probatorios obrantes al proceso, para resaltar que entre Emposer Ltda y el demandante suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, para desempeñarse como auxiliar de seguridad, específicamente, como Escolta Banco de la República. Sostuvo que no existe medio de convicción que dé cuenta que la sociedad Prosegur S.A. era la verdadera empleadora del promotor del litigio y que la vinculada al juicio era una simple intermediaria, puesto que esta última *“acreditó que su objeto social es la prestación remunerada de los servicios de vigilancia y seguridad privada, con armas en las modalidades de fija y móvil, además, del suministro de escoltas, que por razones obvias la naturaleza de este servicio conlleva a que los trabajadores ejerzan su función en lugar diferente del domicilio de su empleadora, y obviamente en coordinación con la entidad contratante para atender sus requerimientos de servicio”*.

Consideró que las empresas de vigilancia son las verdaderas empleadoras y no meras intermediarias, pues al tenor de lo dispuesto en el Decreto 536 de 1994, no cualquier sociedad puede prestar estos servicios, dado que tiene que tener licencia de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada. Acotó que aunque Prosegur S.A. presta servicios de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores, lo cual está permitido por el citado Decreto, *“no hay prueba de la prestación del servicio en los términos de la demanda, el demandante no lo acreditó y ni la demandada o vinculada lo aceptaron”*, además, dijo que desconoce cómo se realizó la labor el demandante, pues sobre este punto no existe un medio de prueba, con el cual le permitiera concluir que aquél prestó sus servicios a favor de la accionada y con exclusividad.

Adicionó que el trabajador no demostró que realizara sus labores dentro de las instalaciones de la encartada, tampoco como efectuaba sus labores, ni que la demandada era la que suministraba los medios de trabajo, lo que le impedía declarar la existencia del contrato de realidad con la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y por ende acceder a las condenas solicitadas.

**4. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que están arrimados al proceso documentos que dan cuenta de una situación distinta a la que encontró demostrada la A quo. Expuso que el principio de la realidad sobre las formas permite desestimar la formalidad con la que aparece la contratación, aspecto que echo de menos la cognoscente de primer grado. Sostuvo que la demandada Prosegur de Colombia S.A. no niega que el actor haya prestado los servicios de manera personal a su favor y, por el contrario, lo justifica diciendo que esa prestación se da mediante un contrato de colaboración firmado entre ella y Emposer Ltda, toda vez que no puede contratar personal de vigilancia, por ser una empresa de sociedad anónima, de conformidad con el Decreto

356 de 1994, el cual establece que las sociedades de vigilancia deberán ser de responsabilidad limitada.

Agregó que la encartada le expidió un carnet, cuyo respaldo dice "*este carnet es de uso personal e intransferible y al terminar el contrato debe ser devuelto para efectos de liquidación y paz y salvo*", de manera que tuvo que devolverlo para esos fines. Refirió que se arrimó al proceso un álbum donde Prosegur señala a sus clientes que el actor está autorizado a recibir y entregar valores, lo que implica que no efectuó únicamente labores de vigilante, sino, además, de transportador. Además, señaló que los comprobantes de nómina fueron expedidos por Prosegur, de tal forma y con todo lo anterior, sostuvo que es claro que la accionada daba las órdenes y dirigía la actividad, por lo que el vínculo de colaboración celebrado entre las enjuiciadas es ilegal.

Aludió a que el mismo contrato de colaboración celebrado entre las demandadas dice que Prosegur contratante puede dirigir, subordinar y establecer que los trabajadores de Emposer están a su disposición, a quienes puede uniformar, utilizar armas, vehículos y equipos de la empresa. De esta manera, indicó que de conformidad con el artículo 24 del C.S.T. hace suponer el contrato de trabajo dado que se probó la prestación del servicio a favor de la demandada dentro de los extremos temporales que se propusieron con la demanda. Argumentó que Prosegur no podía contratar a la compañía Emposer para servicios de vigilancia, ya que "*ninguna persona puede contratar en Colombia las actividades propias y misionales de esa empresa con un tercero, porque eso está prohibido*" en la Ley 1429 de 2010. En esa medida, significó que es una actividad conexas del transporte, la vigilancia, seguridad e integridad de los valores, además, tanto la vinculada como la demandada, según sus objetos, realizaban acciones de vigilancia, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 356 de 1994.

Acotó que la razón para que Prosegur contrate personal a través de otra empresa de vigilancia, es que aquellos no se benefician de la convención colectiva de trabajo, lo que afecta sus derechos constitucionales, legales y extralegales; aspecto que obvió la cognoscente de primer grado, desconociendo lo establecido en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010. (Expediente digital, audio 16 AUDIENCIA DE FALLO).

**5. Alegatos de conclusión.** La **demandada** alegó en su favor que el actor no logra acreditar la existencia de la supuesta relación laboral que aduce tener con la compañía, por el contrario, de acuerdo con los documentos obrantes en el plenario, resulta palpable que el empleador del demandante era Emposer LTDA, relación laboral que esta última acepta estuvo vigente entre el 19 de enero de 2004 y el 7 de diciembre de 2016, fecha en la que terminó el contrato del demandante por justa causa.

### **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 el recurrente.

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

- ✓ ¿La sociedad Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., fungió como empleadora del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?

- ✓ De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y si tiene derecho al reconocimiento y pago de los beneficios extralegales y demás acreencias laborales expuestas en el libelo introductor.

## Relación laboral

Para resolver el 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, para efectos de evaluar si el aquí actor acreditó que prestó sus servicios a favor de la sociedad demandada, encuentra la Sala que se aportó al diligenciamiento el Registro de Firmas y Carnet expedido por la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., donde devela que al accionante se le autorizó por aquella para recibir o entregar valores en sus instalaciones, además, se le informó sobre las recomendaciones e instrucciones con el propósito de minimizar los riesgos en la operación, suplantación y fuga de información, entre otras cosas.

De la documental anterior, se extrae la prestación personal del actor frente a la citada compañía y que no halló acreditada la juzgadora de primer grado. Adicionalmente, como lo advierte la censura, lo anterior se corrobora con los argumentos que utilizó la vinculada a la Litis Emposer LTDA, para desvirtuar las pretensiones de la demanda, pues aquella indicó, entre otras cosas, que en virtud del contrato comercial celebrado entre las pasivas, mediante el cual, actuando como contratista, prestó "*servicios para el reforzamiento de la seguridad de las instalaciones del citado cliente*" y que en virtud de ello y del contrato laboral celebrado con el actor, aquel laboró inicialmente como auxiliar de seguridad y posteriormente para la operación del Banco de la República (contestación a los hechos enlistados en los numerales 5° y 7°).

De allí que colija la Sala la razón de la expedición del carnet que lo identificaba como "ESCOLTA BANCO DE LA REPÚBLICA" de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y la suscripción del anexo de seguridad de información para contratos con empleados del 25 de septiembre de 2012, mediante el cual el actor se comprometió a velar por la confidencialidad de la información referente a sus clientes, entre otros, a Thomas Greg & Sons hoy Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A.

Pero si lo anterior no fuese suficiente para tener por probada la efectiva prestación del servicio del actor a favor de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., debe decirse que este aspecto también se verifica con el dicho de los testigos que fueron allegados por el demandante y cuya valoración omitió la juzgadora de primer grado. En efecto, los testigos Carlos Guillermo Celi Alfonso y Daniel José Navarro Sotelo, aseguraron haber sido compañeros de trabajo del actor, quien realizaba actividades de escolta de valores al servicio de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., sociedad que le otorgó un vehículo blindado para ejecutar su labor, dentro de una estricta programación y directriz de seguridad.

De lo anterior, fluye evidente que el demandante ejecutó personalmente las actividades contratadas a favor de Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., como lo enseñan las documentales y testimoniales citadas, las cuales ofrecen claridad sobre la forma en que prestó sus servicios y que conducen a esta Corporación a tener el convencimiento de que las actividades que realizó fueron en beneficio de la citada sociedad. Por tanto, se encuentra demostrado el error en que incurrió la cognoscente de primer grado al colegir lo contrario.

Así las cosas, demostrada como está la prestación del servicio por parte del demandante al servicio de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., 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, como se vio, fue nulo el esfuerzo de la accionada 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 Montenegro Cifuentes al ser contratado.

Como se memora, las situaciones fácticas que trae la parte demandada a colación no tienen por objeto desvirtuar la presunción legal de la que es beneficiario el extremo activo y es así porque lo que pretende demostrar con las documentales aportadas en la contestación de la demanda, es que celebró con Emposer LTDA un contrato de prestación de servicios independientes de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego el 14 de enero de 2000 (Expediente digital, PDF Contrato de OutS - Emposer (1)), como contratista independiente,

misma que se obligó para la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., realizar algunas actividades en su favor, cuyo objeto quedó definido conforme a lo siguiente:

**"PRIMERA. OBJETO.** El objeto del presente contrato consiste en el suministro por parte del **CONTRATISTA** y en favor del **CONTRATANTE**, del servicio de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en los lugares, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que **EL CONTRATANTE** requiera a nivel nacional, y los cuales acordará previamente las partes de acuerdo con la necesidad del **CONTRATANTE** y disponibilidad del **CONTRATISTA** para el efecto. Para tal efecto, el servicio de vigilancia aquí contratado se prestará con el número de hombres armados que sean requeridos previamente por **EL CONTRATANTE**, los cuales estarán altamente calificados y completamente uniformados y dotados con el equipo necesario para llevar a cabo y en buen término el objeto del presente contrato. Los elementos y armas que deberá portar los hombres suministrados por **EL CONTRATISTA**, serán dispuestos en cada requerimiento de servicio que realice **EL CONTRATANTE**.  
**PARÁGRAFO PRIMERO.** Para tal efecto, **EL CONTRATANTE** indicará previamente al **CONTRATISTA**, los lugares, bienes, personas o áreas a los cuales deberá prestar el servicio. **PARÁGRAFO SEGUNDO.** No obstante lo anterior, **EL CONTRATANTE** podrá exigir que el personal designado por **EL CONTRATISTA** para la prestación del, objeto del presente contrato, utilice los uniformes, dotación, carnés, y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del **CONTRATANTE**, lo cual no implica en ningún sentido la existencia de subordinación alguna entre **EL CONTRATANTE** y el personal del **CONTRATISTA**."

Razón por la cual el actor fue contratado por la citada contratista, para cumplir con el objeto contractual atrás esbozado.

Frente a ello y con miras a verificar dicha situación fáctica expuesta, cumple precisar que la figura del simple intermediario que regula el artículo 34 del CST, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la explicado así:

(i) quienes se limitan a enganchar trabajadores para que presten sus servicios subordinados a determinado empleador y, por tanto, la función del simple intermediario, que no ejerce subordinación alguna, cesa cuando se celebra el contrato de trabajo entre el trabajador y el empleador; y por otra (ii) quienes agrupan o coordinan trabajadores para que presente servicios a otro, quien ejercerá la subordinación, pero con posibilidad de continuar actuando el intermediario durante el vínculo laboral que se trataba exclusivamente entre el empleador y el trabajador. En este evento el intermediario puede coordinar trabajos, con apariencia de contratista independiente, en las dependencias y medios de producción del empresario, pero siempre que se trate de actividades propias o conexas al giro ordinario de negocios del beneficiario.

En este último caso, ha señalado la jurisprudencia del Alto Tribunal, que es la más próxima a la figura del contratista independiente, el cual, dispone de elementos propios de trabajo y presta servicios o realiza obras para otro por su cuenta y riesgo, a través de un contrato generalmente de obra con el beneficiario. Entonces, si la independencia y características del contratista es real, las personas que vinculan bajo su mando están sujetas a un contrato de trabajo con él y no con el dueño de la obra o beneficiario de los servicios. Empero si a pesar de la apariencia formal de un contratista, quien ejerce la dirección de los trabajadores es el propio empresario, será éste y no el simple contratista el verdadero patrono. (Sentencia octubre 27/99, Expe. 12.187. M.P. José Roberto Herrera Vergara)

Conforme se observa, para que sea válida la contratación externa, a través de un contratista independiente, la Sala de Casación Laboral de la máxima Corporación ha hecho hincapié:

*“en que la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.*

*Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.”*

Bajo tal tesitura y de cara a la situación fáctica que expone la enjuiciada, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de que el contratista, esto es, Emposer LTDA, no era el dueño de los medios de producción necesarios para la ejecución de actividades pactadas con la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., como primer punto que sale a relucir del contrato de prestación de servicios, como quiera que su objeto se indicó que *“Los elementos y armas que deberá portar los hombres suministrados por **EL CONTRATISTA**, serán dispuestos en cada requerimiento de servicio que realice **EL CONTRATANTE**”, además, “**EL CONTRATANTE** podrá exigir que el personal designado por **EL CONTRATISTA** para la prestación del, objeto del presente contrato, utilice los uniformes, dotación, carnés, y demás elementos necesarios que contengan la razón social o el nombre del **CONTRATANTE**”;* situación que fue ratificada por los deponentes al interior del proceso, pues los señores Carlos Guillermo Celi Alfonso y Daniel José Navarro Sotelo, manifestaron que el contratante suministraba los elementos con que realizaban la actividad de vigilancia y custodia de valores; aspecto que va en contravía del artículo 34 del CST, en tanto que la actividad comercial contratada no se ejerció con sus propios medios.

Otro aspecto que se destaca es que, del referido contrato comercial, se extrae que Emposer LTDA no actuaba con plena autonomía e independencia, al punto que sale aflore del nexo contractual el elemento subordinación que ejerció la contratante sobre los trabajadores, en tanto allí se estipula, entre otros aspectos, que la contratista debía contratar personal altamente calificado y completamente uniformados y dotados con el equipo necesario y brindado por la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A.; además se exigía *“e) Acatar cualquier recomendación que **EL CONTRATANTE** pueda sugerir, para efectos de llevar a cabo el objeto del presente contrato; g) Prestar con exclusividad del servicio y la actividad para la cual fue contratado, no pudiendo el personal del **CONTRATISTA** prestar asuntos y ocupaciones distintas a las encomendadas por **EL CONTRATANTE** durante los turnos y horas de vigilancia”* y que en la medida de que el personal incumplía o desacate las instrucciones impartidas por cualquiera de las partes tenía la obligación de *“Remover y relevar del servicio al personal de vigilantes que **EL CONTRATANTE** indique”*.

En esa medida, resulta inconcebible que, aun celebrando dicho acuerdo de orden comercial, la sociedad demandada impusiera al empleador obligaciones de estirpe laboral, siendo que la naturaleza del contratista independiente, según lo dispone el artículo 34 del CST, es la de dar ejercer su poder de dirección, organización y control a los trabajadores, a fin de cumplir con el objeto contractual previamente pactado.

En este punto, en lo que hace a la subordinación ejercida por Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., específicamente sobre el trabajador hoy demandante, quedó evidenciada en la medida que estaba obligado a cumplir órdenes e instrucciones que provenían directamente de la citada sociedad, según los testigos Carlos Guillermo Celi Alfonso y Daniel José Navarro Sotelo, quienes en forma coherente relataron que, como compañeros de trabajo, observaron que las labores que ejercía el señor Montenegro Cifuentes estaban atadas al cumplimiento de órdenes, horarios, traslados y la utilización de los propios elementos de trabajo que la demandada suministraba, es decir, siempre bajo el poder subordinante del extremo pasivo.

Ahora, llama la atención de la Sala que la labor ejercida por el actor no era extraña al objeto social de la sociedad, ni ocasional en la empresa pues se prestó durante más de 12 años, lo que demuestra, que tan necesaria era, que implicaba la presencia del demandante quien contaba con el perfil para ejercer el cargo de vigilante o escolta de valores como lo relataron los deponentes. De hecho, contrario a lo que se pretende demostrar por la llamada a juicio, ello denota la necesidad de contar con el actor para el desarrollo de la labor de vigilancia, custodia y entrega de valores, por manera que al pretenderse un modelo de externalización empresarial sobre actividades que por esencia corresponden a su rol empresarial, es claro que se contrarían las reglas de la experiencia y sana crítica, ello a partir de que dicha sección en la realidad no puede separarse y entregarse a un tercero con la pretensión ficticia de que el servicio se preste con total independencia y autonomía, en tanto esto compromete el desarrollo funcional de la empresa, imagen y de contera su situación financiera.

Es importante reiterar que, la actividad principal que desarrollaba el actor consistía en la vigilancia, custodia y entrega de valores, lo cual, guarda relación con el objeto social de la empresa, en tanto que el certificado de existencia y representación legal advierte que la sociedad tiene por objeto principal, entre otras, en *"en la prestación del servicio de transporte, custodia, recaudo, almacenamiento, procesamiento, y manejo de todo tipo de valores y sus actividades conexas (...)"*, y entre esas *"la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores"* (Expediente digital, PDF 06 PODER Y CERTIFICADO DE EXISTENCIA), por lo que la labor que ejerció el demandante en forma personal es necesaria para el desarrollo de las actividades de la empresa.

De allí que es razonable inferir que la usuaria también contaba con la facultad de impartir órdenes e instrucciones al actor y por consiguiente, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación fuese desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con Emposer LTDA, por manera que, en realidad, la contratante o usuaria en este asunto adquirió la condición de un verdadero empleador.

La citada disquisición encuentra armonía con los elementos jurisprudenciales que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha identificado como indicios de la presencia de un vínculo laboral, ello en virtud de la recomendación No. 198 de la OIT, que contempla algunos criterios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo y que a renglón seguido resalta esta Corporación:

*"La Sala Laboral ha identificado algunos indicios relacionados en la Recomendación n.º 198 de la OIT que, sin olvidar su carácter relativo o circunstancial, no exhaustivo y dinámico, pueden ser útiles para descifrar una relación de trabajo subordinada. De esta forma, ha considerado como tales la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la*

*aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)<sup>1</sup>.*

*En relación con el criterio de la integración en la organización de la empresa, acogido en la Recomendación n.º 198 de la OIT, la Sala ha destacado su importancia en las dinámicas productivas actuales (CSJ SL4479-2020), dado que se trata de un indicador abierto, complejo -aglutina otros indicios- y relevante para resolver casos dudosos, como aquellos que se presentan en sectores económicos fragmentados por prácticas de tercerización laboral o de subcontratación en las que el juez se enfrenta a una pluralidad de empresas (relaciones multipartitas o redes empresariales) o trabajos caracterizados por el uso intensivo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC).” (SL1439-2021).*

Lo anterior, deja al descubierto el error en que incurrió la cognoscente de primer grado cuando no encontró demostración de la prestación personal del servicio que realizó el actor a favor de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y, por consiguiente, cuando consideró que el vínculo laboral lo fue y se ejecutó con la contratista, pues de los medios de convicción que trajo a colación la Sala, resultaba fácil concluir que la encartada se benefició de las labores de vigilancia, custodia y entrega de valores que efectuó el demandante, prestación que como se vio en realidad no se ejecutó con libertad y autonomía técnica, científica y directiva, ni menos bajo un modelo de externalización empresarial, como lo quiso hacer valer la enjuiciada en su defensa.

De hecho, sobre este último punto, el caudal probatorio apunta a desdibujar el contrato comercial que suscribieron las enjuiciadas, observando la Sala que Emposer LTDA no actuó como un genuino empresario en la ejecución del nexo contractual, en la medida que suministró la mano de obra para la sociedad demandada, es decir, tan solo fue un simple intermediario, pues no ejecutó la actividad a su cargo con sus propios medios, ni gozó de autonomía técnica y directiva que le permitiera lograr la prestación del servicio a que se obligó, tampoco tuvo dirección y manejo del personal que se valió para la ejecución de los trabajos pactados. Por el contrario, la contratante, ejerció subordinación jurídica, específicamente, frente al trabajador demandante, pues así lo evidenciaron los medios de persuasión que se anotaron.

Del análisis efectuado concluye la Sala que la presunción legal contenida en el artículo 24 del C.S.T., tampoco fue infirmada por la pasiva, quedando en evidencia que el accionante actuó bajo una actividad misional, dependiente o subordinada; de allí que esta razón sume para que no se pueda avalar la inferencia de la Juzgadora de primer grado, máxime cuando es claro que Héctor Ofelio Montenegro Cifuentes, prestó sus servicios personales por más de 12 años continuos, en lugares asignados por la accionada, actividad que no

<sup>1</sup> En general, podría afirmarse que los indicios construidos por la Sala Laboral coinciden con los descritos en la Recomendación n. 198 de la OIT, instrumento que reseña los siguientes:

*(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y*

*(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.*

sobra recordar es esencial, permanente y estrechamente ligada al objeto social de la compañía y bajo una continuada subordinación jurídica.

En tal sentido, se **REVOCARÁ** la sentencia recurrida, para en su lugar declarar la existencia del vínculo laboral que pregona el promotor de la Litis.

### **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, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data, en tanto que así fue aceptado por la simple intermediaria Emposer LTDA (contestación al hecho 2º de la demanda), además, por cuanto tal situación fáctica se corrobora con la certificación laboral expedida el 27 diciembre de 2016 (Expediente digital, PDF 01. Expediente digital 01 EXP 2017-720, pág. 78) y liquidación final de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF copia de la liquidación final).

Por tal razón en lo que concierne a los hitos temporales de la relación laboral lo será dicha fecha.

### **Salario**

Sobre este aspecto es del caso resaltar que, aunque la parte actora anota que en vigencia de la relación laboral devengaba las siguientes sumas de dinero:

- 2004: \$1.437.000
- 2005: \$1.523.000
- 2006: \$2.394.042
- 2007: \$2.394.042
- 2008: \$3.016.146
- 2009: \$3.016.146
- 2010: \$4.493.230
- 2011: \$4.274.052
- 2012: \$4.620.624
- 2013: \$5.608.824
- 2014: \$3,739,184
- 2015: \$3.739.184
- 2016: \$2,219,962

Lo cierto que no obra prueba tendiente a establecer que dichos valores efectivamente hayan sido devengados por el trabajador en vigencia de la relación laboral declarada, carga probatoria que correspondía a la activa de conformidad con el artículo 167 del C.G.P.

Así las cosas, en orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegó historia laboral consolidada que registra el ingreso de cotización, durante los siguientes meses y años:

MES	EXTRACTO AFP
ene-04	\$ 221.000
feb-04	\$ 484.000
mar-04	\$ 1.426.000
abr-04	\$ 1.114.000
may-04	\$ 495.000
jun-04	\$ 1.265.000

MES	EXTRACTO AFP
jul-04	\$ 1.043.000
ago-04	\$ 804.000
sep-04	\$ 883.000
oct-04	\$ 1.437.000
nov-04	\$ 1.152.000
dic-04	\$ 1.379.000
ene-05	\$ 854.000
feb-05	\$ 1.523.000
mar-05	\$ 1.061.000
abr-05	\$ 1.208.000
may-05	\$ 1.367.000
jun-05	\$ 1.374.000
jul-05	\$ 1.038.000

Así mismo, se allegaron sendos comprobantes de nómina, donde se avizoran los siguientes salarios devengados:

MES	COMPROBANTE DE NÓMINA
01/12/2007 al 31/12/2007	\$ 433.700
1/01/2008 al 15/01/2008	\$ 407.323
1/06/2010 al 15/06/2010	\$ 489.422
1/04/2011 al 15/04/2011	\$ 2.250.506
1/08/2012 al 15/08/2012	\$ 622.662
1/11/2013 al 15/11/2013	\$ 689.962
1/09/2016 al 15/09/2016	\$ 470.531

Sin embargo, para los períodos anteriores y posteriores a dichas fechas, no obra prueba en el informativo del salario devengado por éste, siendo de su incumbencia probarlo, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P. En consecuencia, esta Sala ha de tener como promedio salarial el indicado en los citados medios probatorios, mismos que no fueron objeto de tacha de falsedad, tampoco desconocidos por la accionada, y para los periodos restantes, como quiera que ninguna probanza adicional se aportó con la que se verifique el monto salarial, se tomará como asignación salarial el salario mínimo legal mensual vigente, por así disponerlo el artículo 132 del CST.

En conclusión, las siguientes sumas serán las que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar:

Promedio Salarial - 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016				
MES	SALARIO MÍNIMO LEGAL	EXTRACTO AFP	COMPROBANTE DE NÓMINA	TOTAL
ene-04		\$ 221.000		\$ 221.000
feb-04		\$ 484.000		\$ 484.000
mar-04		\$ 1.426.000		\$ 1.426.000
abr-04		\$ 1.114.000		\$ 1.114.000
may-04		\$ 495.000		\$ 495.000
jun-04		\$ 1.265.000		\$ 1.265.000
jul-04		\$ 1.043.000		\$ 1.043.000
ago-04		\$ 804.000		\$ 804.000
sep-04		\$ 883.000		\$ 883.000
oct-04		\$ 1.437.000		\$ 1.437.000
nov-04		\$ 1.152.000		\$ 1.152.000
dic-04		\$ 1.379.000		\$ 1.379.000
<b>Promedio Salarial año 2004</b>				\$ 975.250
ene-05		\$ 854.000		\$ 854.000
feb-05		\$ 1.523.000		\$ 1.523.000
mar-05		\$ 1.061.000		\$ 1.061.000
abr-05		\$ 1.208.000		\$ 1.208.000
may-05		\$ 1.367.000		\$ 1.367.000
jun-05		\$ 1.374.000		\$ 1.374.000

<b>Promedio Salarial - 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016</b>				
jul-05		\$ 1.038.000		\$ 1.038.000
ago-05	\$ 381.500	-		\$ 381.500
sep-05	\$ 381.500	-		\$ 381.500
oct-05	\$ 381.500	-		\$ 381.500
nov-05	\$ 381.500	-		\$ 381.500
dic-05	\$ 381.500	-		\$ 381.500
<b>Promedio Salarial año 2005</b>				\$ 861.042
2006	\$ 408.000			\$ 408.000
<b>Promedio Salarial año 2006</b>				\$ 408.000
2007	\$ 433.700			\$ 433.700
<b>Promedio Salarial año 2007</b>				\$ 433.700
ene-08	\$ 461.500			\$ 461.500
feb-08	\$ 461.500			\$ 461.500
mar-08	\$ 461.500			\$ 461.500
abr-08	\$ 461.500			\$ 461.500
may-08	\$ 461.500			\$ 461.500
jun-08	\$ 461.500			\$ 461.500
jul-08	\$ 461.500			\$ 461.500
ago-08	\$ 461.500			\$ 461.500
sep-08	\$ 461.500			\$ 461.500
oct-08	\$ 461.500			\$ 461.500
nov-08	\$ 461.500			\$ 461.500
dic-08			\$ 407.323	
dic-08			\$ 230.750	\$ 638.073
<b>Promedio Salarial año 2008</b>				\$ 476.214
2009	\$ 496.900			\$ 496.900
<b>Promedio Salarial año 2009</b>				\$ 496.900
2010	\$ 515.000			\$ 515.000
<b>Promedio Salarial año 2010</b>				\$ 515.000
ene-11	\$ 535.600			\$ 535.600
feb-11	\$ 535.600			\$ 535.600
mar-11	\$ 535.600			\$ 535.600
abr-11			\$ 2.250.506	\$ 2.518.306
abr-11	\$ 267.800			
may-11	\$ 535.600			\$ 535.600
jun-11	\$ 535.600			\$ 535.600
jul-11	\$ 535.600			\$ 535.600
ago-11	\$ 535.600			\$ 535.600
sep-11	\$ 535.600			\$ 535.600
oct-11	\$ 535.600			\$ 535.600
nov-11	\$ 535.600			\$ 535.600
dic-11	\$ 535.600			\$ 535.600
<b>Promedio Salarial año 2011</b>				\$ 700.826
ene-12	\$ 566.700			\$ 566.700
feb-12	\$ 566.700			\$ 566.700
mar-12	\$ 566.700			\$ 566.700
abr-12	\$ 566.700			\$ 566.700
may-12	\$ 566.700			\$ 566.700
jun-12	\$ 566.700			\$ 566.700
jul-12	\$ 566.700			\$ 566.700
ago-12			\$ 622.662	
ago-12	\$ 283.350			\$ 906.012
sep-12	\$ 566.700			\$ 566.700
oct-12	\$ 566.700			\$ 566.700
nov-12	\$ 566.700			\$ 566.700
dic-12	\$ 566.700			\$ 566.700
<b>Promedio Salarial año 2012</b>				\$ 594.976
ene-13	\$ 589.500			\$ 589.500
feb-13	\$ 589.500			\$ 589.500
mar-13	\$ 589.500			\$ 589.500
abr-13	\$ 589.500			\$ 589.500
may-13	\$ 589.500			\$ 589.500
jun-13	\$ 589.500			\$ 589.500
jul-13	\$ 589.500			\$ 589.500
ago-13	\$ 589.500			\$ 589.500
sep-13	\$ 589.500			\$ 589.500
oct-13	\$ 589.500			\$ 589.500
nov-13			\$ 689.962	
nov-13	\$ 294.750			\$ 984.712
dic-13	\$ 589.500			\$ 589.500
<b>Promedio Salarial 2013</b>				\$ 622.434
2014	\$ 616.000			\$ 616.000
<b>Promedio Salarial 2014</b>				\$ 616.000
2015	\$ 644.350			\$ 644.350
<b>Promedio Salarial 2015</b>				\$ 644.350
ene-16	\$ 689.455			\$ 689.455

Promedio Salarial - 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016				
feb-16	\$ 689.455			\$ 689.455
mar-16	\$ 689.455			\$ 689.455
abr-16	\$ 689.455			\$ 689.455
may-16	\$ 689.455			\$ 689.455
jun-16	\$ 689.455			\$ 689.455
jul-16	\$ 689.455			\$ 689.455
ago-16	\$ 689.455			\$ 689.455
sep-16			\$ 470.531	\$ 815.259
sep-16	\$ 344.728			
oct-16	\$ 689.455			\$ 689.455
nov-16	\$ 689.455			\$ 689.455
dic-16	\$ 243.481			\$ 243.481
Promedio Salarial 2016				\$ 689.455

## Aplicación de la convención colectiva de trabajo

Partiendo del reproche de la demandada en torno a la aplicación de la convención colectiva señalado en la contestación al libelo introductor, consistente en que la actualidad se encuentra vigente el texto legal con vigencia 2015-2019, cuyo instrumento no aplica al actor en virtud de que no fue trabajador de la sociedad, ni se afilió al Sindicato Sintravalores, conforme a lo dispuesto en el artículo 5º; resulta pertinente resaltar la naturaleza del conflicto colectivo del trabajo, de las convenciones colectivas de trabajo y su fuerza normativa. En efecto, la Constitución y la ley promueven la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores como un instrumento para la concertación voluntaria y libre de las condiciones de trabajo y empleo y, la reivindicación de los derechos de los trabajadores, razón por la cual la negociación colectiva es uno de los ejes centrales de la libertad sindical junto con el de asociación y huelga. (art. 55 CP; Convenio 154 OIT y 432 a 436 CST).

En este sentido, al presuponer la esfera de la negociación colectiva una contraposición de intereses al interior de las relaciones del trabajo, nuestro ordenamiento jurídico se ha ocupado de regular de manera expresa y detallada el trámite que deben cumplir los actores del conflicto laboral con el propósito de lograr su solución. En efecto, el Código Sustantivo Laboral establece el agotamiento de la etapa de arreglo directo (art. 432 a 436), lo concerniente a la eventual declaratoria y desarrollo de la huelga (art. 444 a 449), el procedimiento de arbitraje (art. 452 a 461) y la suscripción de la convención o pacto colectivo (título III, capítulos I y II).

En este último punto, sobre la suscripción de la convención colectiva del trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que constituye verdadero derecho objetivo, dado que en él se incorpora la voluntad de las partes con el fin de regular la relación entre el trabajador y empleador y, fijar las condiciones durante su vigencia. Sobre este aspecto, en sentencia SL16811-2017 se indicó:

*"La fuerza normativa que acompaña a las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del Código Sustantivo de Trabajo, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una o varias agremiaciones de trabajadores, por la otra, «para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia». De igual modo, encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 55 CP, Convenios 98, 151 y 154 OIT) y en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual los individuos y colectivos poseen la capacidad, en uso de su razón, de imponerse normas que regulen sus relaciones sociales.*

*A través de la convención colectiva, entonces, los empleadores y asociaciones de trabajadores tiene la posibilidad de dictar para sí, normas sobre trabajo. En ese instrumento, se prevén, en consecuencia, las condiciones que habrán de regular las*

*relaciones de trabajo y empleo, las obligaciones y derechos de los sujetos colectivos, así como otros aspectos que las partes decidan acordar libremente.*

*Al ser, pues, el contrato colectivo un acto regla, producto de la autonomía y la voluntad, mediante el cual sus suscriptores dictan lo que será la ley de la empresa, sus disposiciones constituyen verdadero derecho objetivo, que se proyecta e incorpora a los contratos individuales de trabajo para regular temas como el salario, la jornada, las prestaciones sociales, las vacaciones, etc., como también para erigir reglas en materia de empleo y gobierno de relaciones empresa y organizaciones de trabajadores.”*

Ahora, debe decirse por la Sala que en el marco de la libertad sindical los trabajadores pueden afiliarse de manera libre y voluntaria a cualquier sindicato que estimen conveniente, así como pertenecer a varias organizaciones sindicales, de conformidad con el artículo 39 de la CP, así como de los artículos 353, 356 y 358 del CST, en armonía con las sentencias de constitucionalidad CC C- 797 de 2000 y CC C-567 de 2000, que declaró la inexecutable de la normativa que prohibía a un trabajador pertenecer a varios sindicatos.

En desarrollo de dicha potestad, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que dentro de la libertad sindical si bien se faculta que un trabajador pueda ser miembro de manera simultánea de varios sindicatos de la misma clase o actividad, no obstante, también advirtió que ello no trae de suyo que pueda beneficiarse al mismo tiempo de las convenciones colectivas de trabajo que se suscriban entre empleadores y agremiaciones sindicales, o escoger del contenido de cada uno, las normas que más le favorezcan.

En efecto, la citada Corporación expresó en sentencia del 29 abr. 2008, rad. 33988, reiterada en diversos pronunciamientos, tales como SL 9390-2017, SL10468-2016, SL9008-2016, SL9347-2016, SL8896-2015, SL247-2018, SL415-2021, SL919-2021, entre otras, la siguiente regla jurisprudencial:

*(...) aun cuando es viable jurídicamente que un trabajador pueda ser parte de varios sindicatos, en caso de que existan diversas convenciones colectivas suscritas por las organizaciones que integra, y de las cuales un mismo trabajador sea beneficiario de todas ellas, ello no significa que pueda aprovecharse simultáneamente de cada una, pues la libertad sindical debe entenderse para tales efectos, como que el asalariado debe escoger entre los distintos convenios aquel que mejor le convenga a sus intereses económicos, ello con el fin de evitar que el trabajador reciba duplicidad o más beneficios convencionales.*

*Así las cosas, en lo que tiene que ver con el marco de aplicación de la convención colectiva de trabajo que regulan los artículos 470 y 471 del C. S. del T. (subrogados por los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965), los cuales guardan relación con el número de afiliados que tenga una organización sindical, pueden desprenderse varias hipótesis:*

*1. Cuando los afiliados a un sindicato no excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, sabido es que la convención colectiva que se expide solamente es aplicable a los miembros de la asociación sindical que la suscribió, pudiendo ser beneficiarios de la misma los trabajadores que se adhieran a sus disposiciones o los que ingresen posteriormente al sindicato. Frente a esta eventualidad, en el caso de la suscripción de convenciones colectivas por sindicatos minoritarios, los no afiliados a una organización sindical que hubiera suscrito una convención colectiva, pueden ampararse por ella bien por adhesión a su contenido o ya porque se afilien a dicha organización.*

*2. Cuando los afiliados a un sindicato exceden de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, es definido que la convención colectiva de trabajo se extiende a todos los trabajadores de la empresa sean o no sindicalizados.*

*Pero en los casos anteriores, debe reiterar la Corte que los trabajadores no pueden recibir duplicidad o multiplicidad de beneficios, sino sólo aquellos de la convención que libremente escojan y que mejor les convenga a sus intereses económicos, pues la amplitud que hoy les ofrece la legislación positiva no puede convertirse en una carga excesiva para los empleadores, destacando que de acuerdo al artículo 1º del C. S. del T., la finalidad del estatuto sustantivo laboral es el de lograr **"la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social"**, principio que se vería afectado y vulnerado si se permitiese la aplicación de todos los convenios colectivos de trabajo en su integridad a un trabajador que es afiliado a las varias organizaciones sindicales que suscribieron tales acuerdos.*

Esbozados como se encuentran los lineamientos normativos y jurisprudenciales aplicables al caso, para efectos de evaluar lo atinente a la discusión que plantea la pasiva, lo primero que observa la Sala es que la existencia de las convenciones colectivas de trabajo 2015-2019 y 2008-2009 suscritas entre Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. y Sintravalores, se incorporaron al proceso con la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, de conformidad con el artículo 469 del CST, lo que permite de entrada su valoración.

Así, al remitirse la Sala a dicho texto normativo, encuentra que, en efecto, en la cláusula tercera de la primera de ellas se indicó que la misma aplicaría *"a todo el personal de THOMAS PROSEGUR S.A. dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean favorables a sus trabajadores."*; mientras que en la segunda se dispuso, **"Artículo 3º. - Campo de aplicación:** *La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, dentro del territorio nacional donde ésta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores."*

Dada la claridad de los textos precedentes, no cabe duda alguna en afirmar por la Sala que aun cuando en efecto no obró afiliación del actor al mencionado sindicato, de manera que tampoco realizó aportes sindicales y que según el artículo 470 del CST las convenciones colectivas de trabajo solo aplican a trabajadores sindicalizados, lo cierto también es que las mismas se hacen extensivas a los trabajadores no sindicalizados, de cara a lo dispuesto en el artículo 471 del CST, siempre que la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes contrayentes, aspecto último que ocurre en el sub judice, pues así se dejó sentado tanto en la convención colectiva de trabajo 2008-2009 como en la convención colectiva de trabajo 2015-2019 suscritas y allegadas al cartapacio, en la que expresamente se señaló que su aplicación lo sería a todos los trabajadores, calidad que encuentra demostración al declararse por parte de esta Sala que su verdadero empleador lo fue la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., desde el 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016, al desdibujarse la legalidad y legitimidad de su vinculación con Emposer LTDA.

Ahora, debe aclararse que, aunque en la convención colectiva de trabajo 2015-2019 se señale que *"en el evento que se declare judicial o administrativamente unidad de empresa entre la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** y otra u otras sociedades de cualquier naturaleza, la presente Convención Colectiva no tendrá aplicación para*

*ninguno de esos trabajadores de esas otras sociedades"*; tal clausulado no tiene cabida en esta litis, en tanto que aquí no se declaró unidad de empresa entre la enjuiciada y vinculada, sino, una verdadera relación laboral como consecuencia de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Además, tampoco es aplicable al actor el capítulo especial de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, en tanto, que esta se destina únicamente para trabajadores que ingresen *"a partir del 15 de octubre de 2015 o que se afilien a la Organización Sindical Sintravalores o se adhieran a la Convención Colectiva de Trabajo a partir de la referida fecha y que vengan del Capítulo Especial del Pacto Colectivo"* y no para el personal que con anterioridad venía vinculado, tal y como sucede con el demandante a quien le fue declarada la existencia de una relación laboral desde el 19 de enero de 2004.

De lo que deviene que resulte infundado el argumento según el cual las normas extralegales no puedan ser extensivas al actor, en la medida que es claro que, en armonía con la voluntad de los suscribientes, el texto se hizo extensivo a todos los trabajadores de la accionada y por lo menos *"al personal que en la actualidad se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo"*, aspecto, que como ya se dijo encontró plena acreditación.

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que el actor le es aplicable la convención colectiva de trabajo 2008-2009 suscrita el 12 de diciembre de 2007, cuya vigencia se situó entre el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2009 y estuvo en vigor hasta la entrada de la convención colectiva de trabajo 2015-2019, con vigencia entre el 20 de octubre de 2015 al 19 de octubre de 2019, pasa ahora esta Corporación a determinar a cuánto ascienden los emolumentos laborales que adeuda el demandado al señor Héctor Ofelio Montenegro Cifuentes, previo estudio de la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio.

### **Excepción de prescripción**

Para resolver este problema jurídico 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, por tanto, es claro que la prescripción sólo se interrumpió con la presentación de la demanda, esto, 14 de diciembre de 2017. En ese sentido, se debe declarar probada la excepción de prescripción en relación con las primas semestrales extralegal, prima de vacaciones y bonificación de antigüedad **exigibles** con anterioridad al **14 de diciembre del 2014**.

En relación con la reliquidación de 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**.

### **Beneficios Convencionales**

#### **- Prima de vacaciones**

Señalan los artículos 27 de las normas convencionales que:

**"Artículo 27.- Prima de vacaciones:** La empresa reconocerá y pagará a los trabajadores para el primer año de vigencia de la presente convención colectiva la suma de ciento setenta y seis mil pesos m/cte. (\$176.000). Para el segundo año de vigencia de la presente convención, la anterior suma será incrementando en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) causado, de acuerdo con el informe final del DANE al cierre del año 2008. Esta suma será entregada a los trabajadores, al hacerse acreedores a esta o proporcionalmente por fracción de año." (Convención colectiva de trabajo 2008-2009).

**"Artículo 27.- Prima de vacaciones:** La empresa reconocerá y pagará a los trabajadores para el primer año de vigencia de la presente convención colectiva la suma de doscientos cincuenta mil pesos m/cts. (\$250,000). A partir del 1 de enero de 2016 estos valores se incrementarán en el Índice de Precios al Consumidor Nacional (IPC) certificado por el DANE que corresponda al año 2015. A partir del 1 de enero de 2017 estos valores se incrementarán en el IPC Nacional certificado por el DANE que corresponda al año 2016. A partir del 1 de enero de 2018 estos valores se incrementarán en el IPC Nacional certificado por el DANE que corresponda al año 2017. A partir del 1 de enero de 2019 estos valores se incrementarán en el IPC Nacional certificado por el DANE que corresponda al año 2018. Esta suma será entregada a los trabajadores, al hacerse acreedores a ésta o proporcionalmente por fracción de año. (Convención colectiva de trabajo 2015-2019).

Prima de vacaciones					
Prima de vacaciones	Causación	Días laborados	Incremento (IPC nacional – variación porcentual)	Valor prima inicial	Valor total o proporcional
19/01/2012 al 18/01/2013	19/01/2014	Prescrita			
19/01/2013 al 18/01/2014	19/01/2015	360	1,937815	\$ 176.000	\$ 223.906
19/01/2015 al 18/01/2016	19/01/2016	360	6,769089	\$ 250.000	\$ 266.923
1/01/2016 al 7/12/2016	7/12/2016	337	6,769089	\$ 250.000	\$ 249.869
<b>Total Prima de vacaciones</b>					<b>\$ 740.698</b>

Así las cosas, a la encartada le corresponderá asumir la suma de **\$740.698**, la cual se liquidó de manera proporcional en el último año de servicio, ello en razón a que no cumplió con todo el tiempo laborado. Debiéndose precisar por la Sala, que para efectos de su liquidación no se tomaron en cuenta los factores salariales que hace alusión el artículo 29 de los textos convencionales, en la medida que por concepto de prima de vacaciones el artículo 27 ibídem señala una suma fija, misma que fue acordada por las partes suscribientes de las convenciones colectivas de trabajo.

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

El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, en tanto que fue despedido sin justa causa.

En lo que respecta al pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.ST., es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014).

Adicionalmente, debe resaltarse que con arreglo al parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, en el informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo al actor emitido por el empleador aparente, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa, conforme a lo preceptuado en los numerales 4 y 6 del artículo 62 y numerales 1 ° y 5° del artículo 58 del C.S.T. Decisión que obedeció a que el trabajador admitió la falta cometida el 30 de noviembre de 2016, según la cual *“usted omitió de forma grave los procedimientos de seguridad al no realizar el reporte de forma oportuna de la pérdida de contacto con un vehículo de la operación sumado al hecho de haber informado de forma errónea la ubicación real de vehículo, facilitando la pérdida de valores del cliente Prosegur, hechos reconocidos por usted en diligencia de descargos de fecha 7 de diciembre de 2016”*

Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio los motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la convocada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

Conforme a lo dicho, la Sala advierte de entrada que, sobre este aspecto, no se arrió ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que la terminación del contrato de trabajo del aquí actor estuvo fundada en la situación fáctica señalada en la carta de desahucio, incumpliendo con su deber de arrimar al cartapacio las pruebas tendientes a demostrar la ocurrencia de los hechos que se alegan. En ese sentido, si bien en la carta se identificaron las razones que llevaron al finiquito de la relación laboral, tal situación no es un elemento probatorio para demostrar la existencia de los hechos u omisiones allí invocados, por lo cual resultaba necesario que la parte demandada hubiera allegado los medios de convicción, inclinados a no solo demostrar que le comunicó las razones fácticas que originaron el finiquito, sino que las causas y sus fundamentos ocurrieron, tal como se esbozó precedentemente.

Así las cosas, al evidenciar la Sala que la demandada no allegó prueba que soporten sus alegaciones, es decir, que la consecuencia de su decisión estuvo soportada en una justa causa, es claro que se debe ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 del CST y el artículo 7° de la Convención colectiva de trabajo 2015-2019.

Aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerá la suma de **\$6.151.471**, en razón a que el tiempo de servicio prestado por el actor se enmarca en el literal “a” del Art. 64 en cita, en tanto que el trabajador devengaba menos de 10 salarios mínimos legales mensuales.

<b>Indemnización por despido sin justa causa - artículo 64 del C.S.T.</b>					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 689.455	19/01/2004	18/01/2005	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 689.455</b>
\$ 689.455	19/01/2005	18/01/2006	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2006	18/01/2007	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>

<b>Indemnización por despido sin justa causa - artículo 64 del C.S.T.</b>					
\$ 689.455	19/01/2007	18/01/2008	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2008	18/01/2009	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2009	18/01/2010	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2010	18/01/2011	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2011	18/01/2012	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2012	18/01/2013	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2013	18/01/2014	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2014	18/01/2015	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2015	18/01/2016	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 459.637</b>
\$ 689.455	19/01/2016	7/12/2016	\$ 22.981,83	318	<b>\$ 406.012</b>
<b>Total</b>					<b>\$ 6.151.471</b>

Así mismo, se reconocerá por indemnización por despido sin justa causa convencional, la suma de **\$26.647.436**, al margen de lo dispuesto en el artículo 7° de la Convención colectiva de trabajo 2015-2019, vigente para el momento de la terminación de la relación laboral: "**Artículo 7.- Despido sin justa causa:** En caso de despido de un trabajador sin justa causa, la empresa pagará al mismo tres (3) meses de salario básico por cada año de servicio y proporcionalmente por fracción, como indemnización adicional a la que contempla la ley." (subraya fuera de texto)

<b>Indemnización por despido sin justa causa - convencional</b>					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Indemnización
\$ 689.455	19/01/2004	18/01/2005	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2005	18/01/2006	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2006	18/01/2007	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2007	18/01/2008	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2008	18/01/2009	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2009	18/01/2010	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2010	18/01/2011	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2011	18/01/2012	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2012	18/01/2013	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2013	18/01/2014	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2014	18/01/2015	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2015	18/01/2016	\$ 22.981,83	360	<b>\$ 2.068.365</b>
\$ 689.455	19/01/2016	7/12/2016	\$ 22.981,83	318	<b>\$ 1.827.056</b>
<b>Total</b>					<b>\$ 26.647.436</b>

- **Bonificación por antigüedad**

Señala el artículo 28 de la Convención colectiva de trabajo 2015-2019:

**"Artículo 28°. - Bonificaciones de antigüedad:** A partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, la empresa reconocerá y pagará a sus trabajadores las siguientes bonificaciones de antigüedad:

- a) A los trabajadores que cumplan diez (10) años al servicio de la empresa la suma de trescientos mil pesos m/cte. (\$300.000).
- b) A los trabajadores que cumplan quince (15) años al servicio de la empresa la suma de cuatrocientos mil pesos m/cte. (\$400.000).
- c) A los trabajadores que cumplan veinte (20) años al servicio de la empresa la suma de quinientos mil pesos m//cte. (\$500.00).
- d) A los trabajadores que cumplan veinticinco (25) años al servicio de la empresa la suma de seiscientos pesos m/cte. (\$600.000).

- e) *A los trabajadores que cumplan treinta (30) años al servicio de la empresa la suma de setecientos mil pesos m/cte. (\$700.000).*
- f) *A los trabajadores que cumplan treinta y cinco (35) años al servicio de la empresa la suma de ochocientos mil pesos m/cte. (\$800.000).*

*Los valores contemplados en los literales a, b, c, d, e y f serán incrementados a partir del 1 de enero de 2017, estos valores se incrementarán en el IPC Nacional certificado por el DANE que corresponda al año 2016. A partir del 1 de enero de 2018 estos valores se incrementarán en el IPC Nacional certificado por el DANE que corresponda al año 2017. A partir del 1 de enero de 2019 estos valores se incrementarán en el IPC Nacional certificado por el DANE que corresponda al año 2018.*

*(...) Cuando el trabajador(a) se retire de la Empresa por voluntad propia, de común acuerdo **o de forma forzosa**, la Empresa liquidará y pagará esta bonificación de forma proporcional al tiempo laborado"*

Con fundamento en la citada norma convencional, es claro que dicha prestación debe ser cancelada de manera proporcional al tiempo de servicio, ante el despido sin justa causa que realizó la demandada y que encontró demostrado así la Sala. Con fundamento en lo anterior, a la encartada le corresponderá asumir la suma de **\$384.900**, la cual se liquidó de manera proporcional con un tiempo de servicio de 12.83 años, ello en razón a que no cumplió con 15 años al servicio de la empresa, para hacer acreedor de la suma de \$400.000.

<b>Bonificación de antigüedad</b>		
Tiempo de servicio	Valor Bonificación 10 años de servicio	Valor Proporcional
12,83 años	\$ 300.000	\$ 384.900
<b>Total</b>		<b>\$ 384.900</b>

Debe acotar también la Sala, que para efectos de su liquidación no se tomaron en cuenta los factores que hace alusión el artículo 29 de los textos convencionales, en la medida que el artículo 28 ibídem señala una suma fija por concepto de bonificación de antigüedad, misma que fue acordada por las partes suscribientes de las convenciones colectivas de trabajo.

#### - **Primas semestrales extralegales**

El artículo 26 de las convenciones colectivas de trabajo 2008-2009 y 2015-2019, señala:

*"Artículo 26°. - Primas extralegales de junio y diciembre: La empresa pagará cuarenta y nueve (49) días de salario básico de prima extralegal en el mes de junio, suma que será entregada a cada trabajador en los primeros cinco (5) días del mes de junio de cada año. Así mismo pagará la prima extralegal de diciembre consistente en cincuenta (50) días de salario básico, la cual entregará a cada trabajador en los primeros cinco (5) días del mes de diciembre de cada año. Las primas legales de junio y diciembre, la empresa las pagará junto con las extralegales."*

Para su reconocimiento, en términos del artículo 29 convencional, se tendrá en cuenta como factores salariales únicamente prima de vacaciones y bonificación de antigüedad, pues el actor no demostró haber recibido en vigencia de la relación laboral auxilio de alimentación y subsidio de transporte legal y extralegal, máxime cuando ni siquiera fue objeto de discusión en este asunto. Así las cosas, por dicho concepto la demandada deberá cancelar la suma de **\$4.565.524**, como se expresa a continuación:

<b>Prima de servicios extralegal</b>					
Prima de servicios extralegal	Salario	Factor Salarial 1/12: Prima de vacaciones	Factor Salarial 1/12: bonificación de antigüedad	Días que liquidar	Valor prima de servicios extralegal
2004 al 2014	Prescritas				
jun-15	\$ 644.350	\$ 18.659	\$ 0	49	\$ 1.082.915
dic-15	\$ 644.350	\$ 18.659	\$ 0	50	\$ 1.105.015
jun-16	\$ 689.455	\$ 22.244	\$ 0	49	\$ 1.162.442
dic-16	\$ 689.455	\$ 20.822	\$ 32.075	50	\$ 1.237.253
<b>Total</b>					<b>\$ 4.587.625</b>

**- Reliquidación de cesantía**

Pretende el demandante se condene a la demanda la reliquidación de cesantía teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el artículo 29 de las convenciones colectivas de trabajo, disposición que señala lo siguiente:

**"Artículo 29°. - Reconocimiento y Liquidación de prestaciones sociales:** La empresa reconocerá para efectos de prestaciones sociales, parciales o totales lo siguiente;

- Auxilio de alimentación.
  - Prima de vacaciones.
  - Prima extralegal de junio y diciembre.
  - Bonificación de antigüedad.
- Subsidio de transporte de ley y el que trata el artículo 45 de la convención colectiva de trabajo.*

*En consecuencia, la dotación y demás auxilios no enunciados en este artículo no harán parte del salario, ni constituirán base para liquidación de prestaciones sociales, parciales o totales."*

En tal sentido, como el auxilio de cesantía se le debe incluir dichos factores salariales, es claro, que debe accederse a tal pedimento. No obstante, considera la Sala que como al presente fue allegado únicamente la liquidación final de prestaciones laborales, en la cual se establece que el actor recibió por concepto de auxilio de cesantía la suma de \$1.293.563, liquidado sobre 337 días, es frente a este periodo que se debe realizar las respectivas operaciones matemáticas, para efectos de evaluar si dicho concepto fue inferior al mínimo que debía pagarse. En lo que hace a los demás períodos, no hay lugar a entrar a verificar si el demandante por este emolumento recibió una suma inferior al que debía pagarse, según lo preceptuado en la cláusula convencional, dado que no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar el valor del auxilio de cesantía que recibió respecto del tiempo restante.

Ahora, para determinar el valor de la cesantía que ha debido percibir el demandante, es necesario precisar que para efecto de su liquidación se debe tener en cuenta únicamente las primas de vacaciones, extralegal de junio y diciembre y bonificación de antigüedad, pues el actor no demostró haber recibido en vigencia de la relación laboral auxilio de alimentación y subsidio de transporte legal y extralegal, máxime cuando ni siquiera fue objeto de discusión en este asunto, como atrás se dijo.

<b>Reliquidación auxilio de cesantía</b>						
Auxilio de Cesantía Reconocido	Salario	Factor Salarial 1/12: Prima de vacaciones	Factor Salarial 1/12 : Primas Extralegales	Factor Salarial 1/12: bonificación de antigüedad	Días laborados	Valor cesantías
\$ 1.293.563	\$ 689.455	\$ 20.822	\$ 199.974	\$ 32.075	337	\$ 882.122
<b>Diferencia entre el valor reconocido y el que debió reconocerse</b>						<b>-\$ 411.441</b>

Como consecuencia de la anterior liquidación, se exhibe claro que no está acreditado que el actor haya recibido una suma inferior por concepto de cesantía, por lo que se deberá absolver a la demandada de esta pretensión.

### **Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.**

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 los 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. En relación con la indemnización 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 la misma no es 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, 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 estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, bajo un modelo de externalización empresarial, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor con Emposer LTDA, 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 aquel a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó 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 sanción que persigue la parte actora.

Así las cosas, 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 14 de diciembre de 2017). En consecuencia, le corresponde la suma de **\$22.981,83** a partir del 8 de diciembre 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.

### **Costas**

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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 8 de abril de 2022, por el Juzgado Veintisiete 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 **HÉCTOR OFELIO MONTENEGRO CIFUENTES** y la empresa **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** entre el 19 de enero de 2004 al 7 de diciembre de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** a pagar al señor **HÉCTOR OFELIO MONTENEGRO CIFUENTES** las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$4.587.625** por concepto de primas semestrales extralegal.
- b) **\$740.698**, por concepto de prima de vacaciones.
- c) **\$6.151.471**, por concepto de indemnización por despido injustificado.
- d) **\$26.647.436**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa convencional.
- e) **\$384.900**, por concepto de bonificación de antigüedad.
- f) Por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., la suma de **\$22.981,83** a partir del **8 de diciembre de 2016** hasta que se efectúe el pago total de prestaciones sociales convencionales adeudadas.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra por **HÉCTOR OFELIO MONTENEGRO CIFUENTES**.

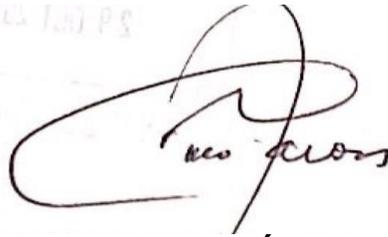
**CUARTO: DECLARAR PROBADA** de manera parcial la excepción de prescripción y las demás no probadas.

**QUINTO: CONDENAR** en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA 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 **HÉCTOR OFELIO MONTENEGRO CIFUENTES** y a cargo de la demandada **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** en la suma de **\$4.000.000.**



**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:** MARÍA BEATRIZ SOLANO URRUTIA  
**Demandada:** COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 22-2021-00199-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

### AUTO

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

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.** María Beatriz Solano Urrutia instauró demanda ordinaria contra la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, con el propósito de que se declare que la ineficacia del traslado de régimen al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado. Pidió que se condene a la AFP el retorno de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros con todos sus frutos e intereses; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 12 de mayo de 1969 y realizó aportes al ISS a partir del 17 de mayo de 1993 hasta el 31 de julio de 1994 y desde el 1 de junio al 30 de julio de 2004. Refirió que a partir de esta última dicha data fue afiliada al RAIS, en tanto que para esa fecha un asesor de la AFP se presentó, quien le ofreció el cambio de régimen, omitiendo con su deber de información, es decir, no le manifestó las ventajas y desventajas del cambio de régimen.

(Expediente electrónico, PDF 001DemandayAnexos)

**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.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones de esta alegando que las mismas carecen de sustento fáctico y legal, entre tanto, que la afiliación realizada al RPMPD no se ha discutido y fue dado al pleno uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional. Indicó que se le brindó información suficiente y clara sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, el cual se hizo de forma libre y voluntaria. Como excepciones de mérito propuso las que denomino 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 prestaciones definidas, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente electrónico, PDF 008ContestacionColpensiones).

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que el traslado de régimen al RAIS se realizó de forma libre, y voluntaria, en los términos de lo establecido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Refirió que no existió vicios del consentimiento por lo cual su afiliación se realizó en términos de ley, máxime cuando la actora trata de imponer cargas que para la fecha de traslado no estaban a cargo de las AFP. En su defensa propuso las excepciones de mérito 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 007ContestacionPorvenir).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 24 de enero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, ordenó a la AFP demandada trasladar a Colpensiones el saldo existente que reposa en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos financieros y bonos pensionales, además, los gastos de administración y primas del seguro previsional debidamente indexados. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante y finalmente, condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisiva indicó que la selección del régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, preceptiva que establece la selección libre voluntaria por parte del afiliado, la cual, en los términos del artículo 114 ibidem, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Expuso que de conformidad con la sentencia SL 1688 de 2019, las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación están obligadas a brindar información objetiva.

Así las cosas, consideró que la AFP Porvenir S.A., incumplió con el deber que le impone el artículo 167 del C.G.P., en tanto, que no demostró haber brindado al actor información clara, cierta, comprensible, oportuna, de las características, condiciones y beneficios, diferencia, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, así como sus ventajas y desventajas para el año 2004. Evidenció la falta de confesión de la demandante cuando indicó que iba obtener una mesa mayor o que el ISS estaba en crisis, ya que esto nos es propio de una información clara y objetiva sobre las características de un régimen pensional. Resaltó que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma y en el interrogatorio de parte el actor manifestó que suscribió el mismo de manera libre y sin presiones, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos, lo que imponía acceder a las pretensiones de la demanda. (Expediente electrónico, audio 016AudienciaPrimeraInstancia).

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

**5.1 AFP Porvenir S.A.** Recurrió la decisión proferida manifestando que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, dado que brindó información clara precisa, veraz y de manera precedente en el año 2004. Refirió que se está ante una prohibición legal contenida en la Ley 797 del año 2003, para ordenar el traslado. Expuso que la firma emanada en el formulario de afiliación fue de manera voluntaria, además, que el artículo 71 de la Ley 100 de 1993, establece una sanción para quien atenta contra el derecho afiliación y selección de los organismos de la seguridad social. Agregó que el deber de información inició a partir de la expedición de los Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de la misma anualidad, las cuales no tienen efectos retroactivos. Solicitó la revocatoria de las condenas impuestas y en caso de que se llegare a confirmar pidió se declare la excepción de prescripción, dado que la ineficacia está afectada del citado fenómeno.

**5.2. Colpensiones.** En su alzada indicó que no comparte la interpretación que hace el A quo respecto de la prohibición legal en la que se encuentra el demandante y la razón por la cual no la aplica, esto es, el artículo 2° de la Ley 797 2013, que modificó el artículo 3 de la Ley 797 de 1993, ya que no se le debe dar ninguna connotación de prescripción, máxime cuando en cualquier régimen el actor va a ser pensionado por vejez, siempre que cumpla con los requisitos de Ley.

## **6. Alegatos de Conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que fue trasladada al RAIS bajo engaño, al ser inducida a error por parte de los asesores de AFP Porvenir S.A., pues éstos únicamente se dedicaron a brindar información alejada de la realidad como que el ISS se acabaría, que en el fondo privado se pensionaría con una suma superior y a cualquier edad, pero no le brindaron la información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen, lo cual hacían todos los asesores de los fondos de pensiones a fin de lograr las afiliaciones masivas a que se dedicaban.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que las decisiones tomas por los despachos judiciales de declarar la nulidad o ineficacia de afiliación quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en el pago de pensiones a las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento de este, desdibujando totalmente el Régimen de Prima Media.

**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 la AFP 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 artículo 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 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, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la 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 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 María Beatriz Solano Urrutia, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 17 de mayo de 1993, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico, archivo RAR 009HistorialLaboral). Así mismo, se observa que aquella se trasladó al Fondo de Pensiones Voluntarias Horizonte hoy AFP Porvenir S.A. el 30 de julio de 1999 (Expediente electrónico, PDF 007ContestacionPorvenir, pág. 45), en donde se encuentra actualmente de conformidad con su historia laboral.

### **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 1999- la CSJ ha señalado que la 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 codemandada, 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.

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 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 a la demandante información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando 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 la 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 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 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 establecidas 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 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**

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 a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de 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 SL 4360 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, 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, de manera indexada, 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 y 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 demandado 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, de allí que se siga confirmar la sentencia de primer grado.

### **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.

### **Costas**

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

### **DECISIÓN**

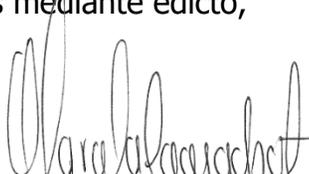
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

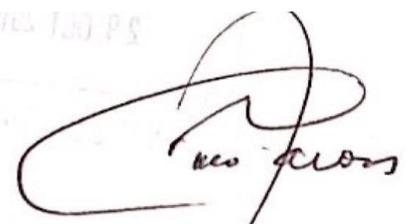
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de enero de 2022, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del 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,

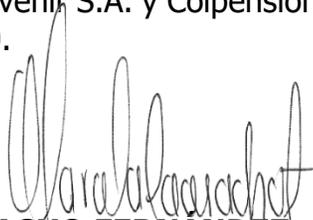
  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

  
**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

## **AUTO PONENTE**

**Costas** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la actora 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:** CUSTODIA MONROY BUITRAGO  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.  
**Radicado No.:** 14-2019-00889-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

### AUTO

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

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.** Custodia Monroy Buitrago instauró demanda ordinaria contra AFP Protección S.A. y Colpensiones con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado y afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a tenerla como afiliada en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y se trasladen las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y sus respectivos frutos e intereses. Así mismo, pidió que condene a Colpensiones aceptar el traslado sin dilación, junto con sus aportes realizados; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 19 de octubre de 1964 y realizó aportes desde el 11 de mayo de 1984 al ISS, trasladándose el 18 de junio de 1999 al RAIS administrado por Colmena. Precisó que se vinculó a la AFP Protección S.A. el 25 de agosto de 2010, momento para el cual tenía 46 años y 10 meses. Expuso que el citado fondo de pensiones no le informó acerca de las ventajas y desventajas, tampoco le comunicaron sobre la mesada pensional cuando estaba a menos de dos meses de cumplir los 47 años. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigital, págs. 30 a 36).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigital, pág. 55); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestación de demanda**

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones de esta mencionando que la actora se encuentra válidamente afiliada a la AFP Protección S.A., el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, y no se encontraba inmersa en las causales de prohibido indicadas por lo ley vigente para la época. Expuso que su voluntad se encuentra plasmada en la firma del formulario de afiliación, por lo tanto, no es procedente que se haga uso de las facultades ultra y extra petita, como tampoco a la condena en costas y agencias en derecho.

Como excepciones de mérito 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, 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 genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigital, pág. 60 a 86)

**3.2. AFP Protección S.A.** En su contestación al escrito introductorio se opuso a la todas y cada una de las pretensiones esgrimiendo que en el traslado no existió vicios del consentimiento, en tanto que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea y, se realizó bajo los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Expuso que no es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga nula la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993, a más porque se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, encontrándose inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003.

En su defensa propuso las excepciones de fondo 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, 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 finalmente Innominada o Genérica. (Expediente digital, PDF 03CdFolio79, pág. 1 a 22)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 14 de febrero de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS y, por tanto, siempre estuvo afiliada a Colpensiones. En consecuencia, condenó a la AFP accionada a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Por último, gravó en cotas al fondo.

Para arribar a tal determinación sostuvo que la AFP demandada omitió con su deber de información, entre tanto, no informó las consecuencias que acarrea el traslado, de tal manera que el consentimiento informado constituye el presupuesto de ineficacia, aspecto que se ha plasmado en sentencia SL 1688 de 2019. Sostuvo que las administradoras de pensiones deben suministrar a los usuarios información necesaria para traslado de régimen, ya que el deber de información existe y es exigible desde la Ley 100 de 1993, debiéndose por tanto dar a conocer las características del régimen.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por las demandadas.  
**5.1. AFP Protección S.A.** En su recurso de apelación expuso que las cuotas de administración y seguros provisionales son descuentos legales, exequibles y vigentes, los

cuales, también se descuentan en el régimen de prima media, en los mismos porcentajes. Indicó que solo se debe ordenar el traslado de los aportes, más los rendimientos, como consecuencia de la declaración de la ineficacia. Agregó que con esta condena Colpensiones está incurriendo en un enriquecimiento sin causa, máxime cuando estos dineros están afectados por el fenómeno de la prescripción, toda vez que son obligaciones de tracto sucesivo.

**5.2. Colpensiones.** En su alzada señaló que la A quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, dado que la entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y la AFP Protección S.A., razón por la que solicita que no se condene a la convocada recibir nuevamente a la demandante, máxime que con ello se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones. Refirió que se debe tener en cuenta el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por Acto Legislativo 01 de 2005, además, el impacto en el producto interno bruto y en la reserva pensional, que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante por este tipo procesos.

**6. Alegatos de conclusión.** La **demandada Colpensiones** alegó en su favor que la actora presenta un traslado aprobado del ISS a un Fondo de Pensión en el año de 1999, el cual tiene plena validez. Indicó que, para efectos de los vicios de consentimiento en el contrato suscrito con la AFP del RAIS alegado por la accionante, se deberán probar ante instancia judicial y será esta quien a su consideración declare la nulidad o ineficacia pretendida.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Los recursos de apelación interpuestos por AFP Protección 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 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, seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que la señora Custodia Monroy Buitrago, se afilió a la otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 10 de mayo de 1984, hasta junio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por aquella (Expediente digital, archivo RAR 02CdFolio45), quien suscribió formulario de afiliación el 18 de junio del 1999 con Colmena, acorde con el formulario de afiliación (Expediente digital, PDF 03CdFolio79, pág. 35) y posteriormente, se traslado a AFP Protección S.A. el 1 de octubre de 2010, conforme aparece en el formulario de afiliación e historia laboral (Expediente digital, PDF 03CdFolio79, págs. 35, 36 y 47 a 59)

### **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 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 1999- la CSJ ha señalado que la AFP debía 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir

que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora 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.

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 la 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 la 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 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 SL 4360 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 Protección 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 demandado 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 Protección 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 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.

### **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.

### **Costas**

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de AFP Protección 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,

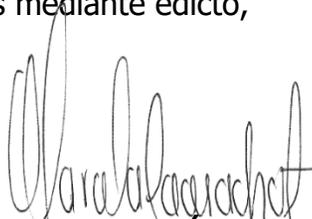
## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral tercero de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR a AFP PROTECCIÓN 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 Protección S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

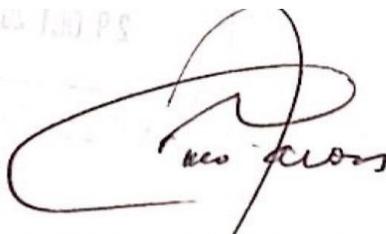
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

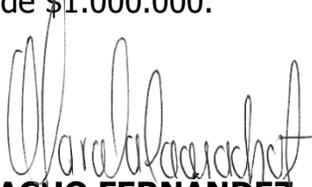


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-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 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 FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** CECILIA LADINO VALBUENA  
**Demandadas:** COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y  
CESANTÍAS Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 01-2019-01204-00  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de 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.** Cecilia Ladino Valbuena instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, con el propósito de que se declare que la primera de las demandadas la asesoró de manera errada e inadecuada y no le brindó la información suficiente de las condiciones pensionales, colocando en riesgo su pensión; que la segunda de las enjuiciadas tampoco suministró información suficiente antes de cumplir la edad de 47 años. Así, solicitó la ineficacia de los traslados al RAIS y, en consecuencia, pidió que se ordene a Colfondos S.A. a devolver aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones, entidad que debe aceptarla en el régimen, además, costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 8 de noviembre de 1968 y se afilió al ISS el 1 de febrero de 1996, vinculándose a la AFP Porvenir S.A. el 23 de abril de 1999, fondo de pensiones que no le explicó las ventajas y desventajas que conlleva el traslado de régimen pensiona. Indicó que con posterioridad se trasladó a Colfondos, esto es, el 1 de noviembre de 2001, donde se encuentra afiliada actualmente. Insistió en que no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias de trasladarse al RAIS. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, págs. 60 a 73)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, pág. 81); 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 el traslado de régimen se realizó con plena voluntad de la demandante y fue su decisión suscribir el formulario con el RAIS, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004. En su defensa formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para

cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y genérica.

(Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, págs. 86 a 107)

**3.2. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones de esta, aduciendo que la actora tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de traslado al RAIS, dejando constancia con su firma su escogencia libre, espontánea y sin presiones. Refirió que aquella no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta ni prueba los vicios del consentimiento que alega. Formuló las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa en la pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, págs. 119 a 137)

**3.3. AFP Porvenir S.A.** Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que siempre brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, de allí que la decisión de suscribir el formulario de afiliación para el año 1999, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, págs. 181 a 202)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 3 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colpensiones autorizar su traslado al RPMD; a Colfondos S.A. trasladar los aportes efectuados, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración. Declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios y no condenó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal decisión sostuvo que de conformidad con la sentencia con radicado 68852 del 9 de octubre 2019, antes de surtir el traslado del RPMPD al RAIS, el fondo de pensiones tiene la obligación de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, aclarando, que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador. Así las cosas, indicó que, si bien la demandante no fue constreñida al momento de su afiliación a los distintos fondos de pensiones, también es cierto que la información fue deficiente en tanto que se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con plena libertad su traslado de régimen, correspondiéndole a las AFP demandadas el deber de informar las consecuencias del régimen pensional, lo que imponía acceder a la ineficacia solicitada.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación aduciendo que el traslado efectuado por la parte actora se realizó con plena voluntad, ya que fue por decisión propia la suscripción del formulario. Indicó que para la fecha en que radicó petición de traslado a Colpensiones, ya estaba dentro de la prohibición de la que habla el artículo 2º de la Ley 797 2003, de allí que no proceda la nulidad del traslado. En todo caso, pidió que se ordene a Colfondos el traslado de todos y cada uno de los aportes con rendimiento financiero, fruto gastos de administración y demás conceptos que se hubieren podido generar productos de la afiliación.

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo que se debe confirmar la decisión del A quo en tanto que no existe prueba alguna que condujera a verificar que la AFP Porvenir S.A., hubiese brindado la asesoría e información necesaria completa, eficiente eficaz, cierta y oportuna al realizar el cambio de régimen pensional, ni le advirtió de las implicaciones que con llevaba las pensiones dentro del régimen de prima media con prestación definida y en el régimen de orden individual como solidaridad como tampoco de la forma de pensiones que tiene el RAIS.

**6.2. Colpensiones.** Indicó que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad de la cotizante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo en cuenta que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS.

Refirió que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensional es y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo los afiliados que tuviera 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (01 de abril de 1994), para quienes se conservó el derecho a regresar al Régimen de Prima Media en cualquier momento; lo anterior, guarda estrecha relación con lo establecido en los artículos 2 del Decreto 3995 de 2008.

**6.3. 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.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones 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 en su favor 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 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 Cecilia Ladino Valbuena, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 8 de febrero de 1996, con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente digital, PDF 10 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO CELIA.); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 23 de abril de 1999 (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, pág. 235); posteriormente firmó formulario de afiliación con la AFP Colpatria con fecha del 21 de junio de 2000 (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, pág. 235), trasladándose posteriormente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A. con la suscripción del formulario el 25 de septiembre de 2001 (Expediente digital, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL, pág. 138), 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 las AFPs 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 1999- 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 a la actora 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 Porvenir 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 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, 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 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 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 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 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 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 adocinado 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 AFP Porvenir S.A., Colpatria hoy AFP Porvenir 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 AFP Porvenir S.A., asimismo, no congloba de manera expresa los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, 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 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.

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.

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**

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.

## Costas

En segunda instancia no se impondrán costas.

## 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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo 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, el porcentaje destinado 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 la demandante decidió trasladarse a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** de conformidad con lo motivado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada y, en consecuencia, **ORDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** devolver a Colpensiones las comisiones, porcentajes 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.

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

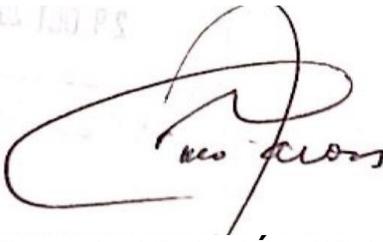
**CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

MIC 130 P S



**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:** SANDRA MERCHÁN SIERRA  
**Demandadas:** COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.  
**Radicado No.:** 01-2020-00118-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de 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.** Sandra Merchán Sierra instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y A.F.P. Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, por cuanto tenía vicios del consentimiento error y dolo. En consecuencia, se trasladen todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que, para año de 1994, entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliada al ISS hoy Colpensiones y desde la fecha anteriormente señalada se acercaron asesores del fondo Porvenir invitando a pertenecer al mismo. Refirió que la AFP Porvenir S.A. realizó el traslado de régimen bajo engaños y promesas fraudulentas, sin claridad y sin informar las ventajas y desventajas de cambio de régimen.

(Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, págs. 36 a 48)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, págs. 221 a 225); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la actora no demostró en el proceso, error, fuerza y dolo en la afiliación. Puso de presente que el traslado de los aportes realizados por la actora fue con plena voluntad, quien por decisión propia solicitó el traslado de régimen. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, finalmente la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, págs. 199 a 213)

**3.2. AFP Porvenir S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que la afiliación de la demandante en el año 1995 con Horizonte fue producto de una decisión voluntaria y libre de presiones o engaños, en tanto, le indicó las características y sus implicaciones que traería el traslado al RAIS, así como lo precisa el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Rotuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y finalmente genérica.

(Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, págs. 128 a 157)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 9 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de y ordenó a Colpensiones autorizar el traslado en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de la vinculación al RAIS. Condenó a la AFP Porvenir S.A. trasladar todos los aportes efectuados, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses, bono pensional, y gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que descuento alguno de la de la cotización total realizada por la accionante. Finalmente, declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios y no condenó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal decisión sostuvo que las administradoras privadas de pensiones tienen la responsabilidad de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de tal forma indicó que el formulario de afiliación apenas acredita el consentimiento del trabajador, pero no que esté informado a la luz de lo dispuesto en el artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, en armonía con los artículos 13, literal b, del artículo 271 y artículo 72 de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, indicó que la información brindada a la demandante fue deficiente en tanto que se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir con plena libertad su traslado de régimen, correspondiéndole a la AFP demandada el deber de informar las consecuencias del régimen pensional, lo que imponía acceder a la ineficacia solicitada.

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

**5.1. Colpensiones.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación esbozando que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad de la cotizante, por tal razón no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad. Insistió en que la suscripción del formulario fue con la plena capacidad de la actora, además, aquella se encuentra dentro de la prohibición de la que habla el artículo 2 de la Ley 797 2003, pues cuenta con más de 47 años. Esgrimió que en su debido momento se le realizó la asesoría pertinente conforme a las normas jurídicas que regulan la materia al momento en que ocurrieron los hechos, así, las proyecciones especiales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su afiliación.

**5.2. AFP Porvenir S.A.** En su alzada señaló que para el momento del traslado de la demandante se le brindó asesoría totalmente completa, quien se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003. Se opuso a la devolución de gastos de administración, dado que el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también destina el 3% de cotización a financiar gastos de administración, además, como en el año 1995 se surtió la afiliación con la AFP Horizonte, la cual fue absorbida con posterior por AFP Porvenir S.A., ninguno de esos dineros le fueron trasladados.

Finalmente, indicó que si se genera ese traslado a Colpensiones se estará ante un enriquecimiento sin causa.

## 6. Alegatos de conclusión

**6.1. Colpensiones.** Indicó que el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad de la cotizante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, teniendo en cuenta que la afiliación al Régimen de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia la solicitó suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada con los más de 20 años que ha realizado cotizaciones al RAIS.

Refirió que el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre regímenes pensional es y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo los afiliados que tuviera 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (01 de abril de 1994), para quienes se conservó el derecho a regresar al Régimen de Prima Media en cualquier momento; lo anterior, guarda estrecha relación con lo establecido en los artículos 2 del Decreto 3995 de 2008.

**6.2. 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.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la AFP 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 artículo 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 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,

seguros provisionales y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la 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 la 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

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

Se encuentra demostrado que la señora Sandra Merchán Sierra se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 13 de octubre de 1988, con cotizaciones hasta el 2 de marzo de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, págs. 8 a 11); suscribió formulario con Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy AFP Porvenir S.A. el 3 de febrero de 1995, acorde con el formulario de afiliación (Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, pág. 175); y finalmente suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. el 7 de mayo de 2000 (Expediente electrónico, PDF 01 CUADERNO PRINCIPAL 2020-00118, pág. 1756), 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 1995- la CSJ ha señalado que la AFP debía 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora 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.

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 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 a la promotora del litigio información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando 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 la 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 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 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 establecidas 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 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.

### **Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional**

Respecto al tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que la CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la actora, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

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

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 a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de 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 SL 4360 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-).

### **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 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.

### **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 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 demandado 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 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.

### **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.

### **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 9 de marzo de 2022, por el Juzgado Primero 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.

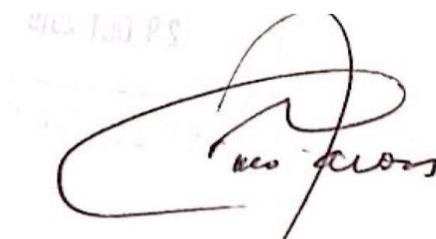
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

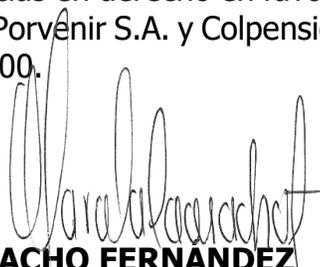


**LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR**  
Magistrado

*-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 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 FERNÁNDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** SILVIA DURÁN CASAS  
**Demandado:** COLPENSIONES y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.  
**Radicación:** 15-2020-00363-01  
**Tema:** INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo 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.** Silvia Durán Casas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS, ante la omisión del deber de información y, en consecuencia, pidió que se condenará a la AFP accionada restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; a esta última a recibirla como afiliada, así como los citados valores para efectos de contabilizar la pensión. Además, solicitó como pretensiones subsidiarias que se declare la ineficacia del traslado y en todo caso 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 desde febrero 20 de 1992 hasta mayo de 2000, fecha en la que se trasladó al RAIS, administrado por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., entidad que no la asesoró o le informó de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones que obtendría, beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes para realizar el traslado. (Expediente digital, PDF 01Demanda).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 33CorreoNotificacionAgenciaNacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### 3. Contestación de la demanda

**3.1. Colpensiones.** Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la actora se encuentra válidamente afiliada a Old Mutual, en consecuencia no se puede tener como afiliada a la entidad ni recibir ningún

aporte de aquella. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y genérica (Expediente digital, PDF 11EscritoContestacionColpensiones).

**3.2. Skandia Administradora de Fondos 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 traslado de régimen es completamente válido, máxime cuando no hay causal que invalide la afiliación voluntaria e informada de la demandante en el R.A.I.S. 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 digital, PDF 28Contestacion).

#### **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 no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, pues la obligación estaba a cargo y exclusivo de la administradora de pensiones SKANDIA S.A., quien fue la que contactó e informó a la actora, fecha para la cual no se había constituido el seguro previsional, de allí que sostuvo que la petición de reintegro de primas no es procedente, en razón a que la gestora de la litis se vinculó con esta AFP desde el año 2000, encontrándose activa a la fecha. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de obligación, buena fe excenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y genérica.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, se opuso expresamente a las pretensiones que son propias del llamado, aduciendo que el traslado con Skandia acaeció con anterioridad al año 2007, por lo cual los actos contrarios a derecho, sin los requisitos establecidos por ley, no pueden ser trasladados a la aseguradora quien recibió de buena fe el pago de la prima. Hizo notar que se pretende la devolución de primas canceladas a la aseguradora previsional para los periodos comprendidos entre el año 2007 a 2018, por hechos en los que no fue participe, no conoció, ni intervino de forma alguna, motivo este para absolverla de cualquier pedimento; más aún cuando desconocía la actuación que debió desplegar el fondo demandado frente el deber asignado por ley, en cuanto a la asesoría para el traslado de régimen pensional, sin que pueda extenderse las actuaciones de Skandia, sobre todo porque para la fecha en que la actora se vinculó a Skandia, la afiliación ya venía viciada.

Como excepciones propuso las de improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente valido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149 con vigencia entre el 1º de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional. (Expediente digital, PDF 31EscritoContestacionMafre)

**5. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 5 de abril de 2022, en la que el fallador declaró ineficaz la afiliación y traslado efectuado por la demandante al RAIS y, en tal virtud, ordenó a Skandia trasladar las sumas o valores que obran en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos a Colpensiones, a esta a recibir los recursos, reactivar la afiliación y acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera traslado. Por último, gravó en costas.

Para arribar a tal decisión indicó, luego de citar el referente normativo aplicable al caso en concreto, así como la línea jurisprudencial que sobre el tema ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte, que la demandada Skandia no cumplió con la carga de la prueba en tanto que no allegó medio probatorio tendiente a demostrar su deber de información respecto a la afiliada, ya que la única prueba documental que obra en el plenario es el formulario de afiliación, que como lo dice la Alta Corporación, no es suficiente para probar tal obligación. Denotó del interrogatorio de parte que la actora desconoce el tema relacionado con el objeto pensional, en tanto, que no evidenció que conociera las ventajas o desventajas de su traslado y todo aquello relacionado con los dos regímenes. (Expediente digital, audio 48AudienciaAbril52022Ord202000363).

## **6. Alegatos de conclusión**

**6.1. Demandante.** Alegó en su favor aduciendo 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 proporcionó a la afiliada una 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. Indicó que dentro del proceso no se despliega prueba alguna que conduzca a demostrar que la AFP entregó información lo suficientemente clara y oportuna.

**6.2. Colpensiones.** Refirió en su escrito que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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. Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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**

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, seguros provisionales 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 se mantiene incólume actualmente entre otras en la sentencia SL2207 del 26 de mayo del 2021.

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

Se encuentra demostrado que la señora Silvia Durán Casas, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 20 de febrero de 1992, con cotizaciones hasta el 30 de junio de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma (Expediente digital, carpeta expediente administrativo, PDF HISTORIA LABORAL), quien suscribió formulario de afiliación con Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. 9 de mayo de 2000, entidad 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 y 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 una afiliada 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 2000- la CSJ ha señalado que la AFP debía 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora 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, no siendo factible colegirlo del interrogatorio de parte que se surtió a la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados.

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 la 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 la 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.

### **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, es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, 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, de manera indexada, 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 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 demandado 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 Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a transferir a Colpensiones gastos de administración, rendimientos, las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Así mismo, 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.

### **Llamamiento en garantía**

Ahora, como esta Sala en virtud del grado de consulta esta ordenando a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a transferir a Colpensiones los porcentajes descontados de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de

seguros previsionales, se entrará a resolver el llamamiento en garantía de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

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 este, 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 deba sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; 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 de la 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 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.

### **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 se confirma la sentencia.

### **Costas**

En este grado jurisdiccional de consulta, no se impondrán costas a cargo de las partes. Las de primera instancia 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,

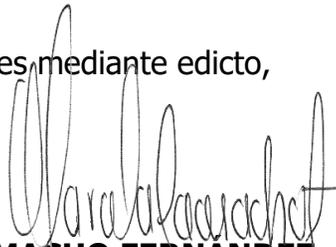
### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral primero de la sentencia proferida el 5 de abril de 2022, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** devolver a Colpensiones gastos de administración, rendimientos, las sumas descontadas por concepto de comisiones y 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: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia se confirman.

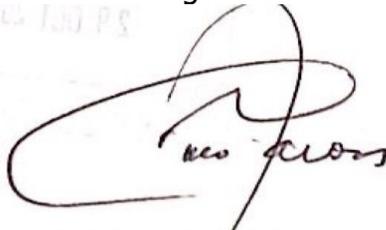
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**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-*



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**Proceso:** ORDINARIO LABORAL  
**Demandante:** YEISON UBEIMA BELTRÁN RÚA  
**Demandado:** CARLOS ALBEIRO RODRÍGUEZ MORENO  
**Radicado No.:** 32-2018-00688-01  
**Tema:** CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN DEMANDANTE – CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1º del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º 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.** Yeison Ubeima Beltrán Rúa instauró demanda ordinaria contra Carlos Albeiro Rodríguez Moreno, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 25 de octubre de 2017 al 23 de enero de 2018 y, en consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el pago de auxilio de cesantía y sus intereses doblados a título de sanción, prima de servicios, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indemnización del que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, incapacidades médicas, indemnización por pérdida de capacidad laboral, 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 25 de octubre de 2017, inició a laborar a favor del demandado, en el cargo de operario de máquina y conductor, percibiendo como contraprestación directa a sus servicios la suma de \$1.000.000. Explicó que el 30 de noviembre de 2017 sufrió un accidente de trabajo, sin embargo, para dicha data no se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social Integral por parte del empleador, razón por la cual fue atendido por la Subred Integrada de Servicios de Salud Occidente E.S.E., quien le expidió incapacidad médica desde la fecha del accidente hasta 23 de enero de 2018. Refirió que por la atención médica tuvo que cancelar la suma de \$368.850, además, vencida la incapacidad expedida a su favor, el convocado decidió finalizar el contrato de trabajo, sin que para dicha fecha haya cancelado prestaciones sociales y demás acreencias laborales atrás expuestas.

(Expediente digital, PDF 11001310503220180068800\_C001, págs. 100 a 104).

**2. Contestación de la demanda.** Al momento de descorrer el término de traslado el convocado a juicio a través de Curador Ad Litem se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que las mismas se encuentran prescritas. Frente a los hechos dijo

que no le constaba y en su defensa propuso las excepciones que denominó pérdida de capacidad laboral, prescripción y buena fe. (Expediente electrónico PDF 04ContestacionCurador)

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 29 de marzo de 2022, en la que el fallador absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en su contra, sin costas a la parte actora.

Para arribar a tal determinación, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante sostiene con el demandado y en virtud del mismo, si le asiste derecho a las acreencias reclamadas en el libelo primigenio. Con tal propósito, citó los artículos 23 y 24 del CST, para precisar que, conforme al acervo probatorio allegado por el accionante, este no logra demostrar la existencia de una relación laboral, ya que la historia clínica allegada al proceso no prueba las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaeció el accidente y si el mismo fue con ocasión o no al trabajo, dada la prestación de sus servicios a favor del enjuiciado. Concluyó que la prueba documental aportada no tiene la fuerza suficiente para demostrar la prestación del servicio a favor de Carlos Alberto Rodríguez Moreno, lo que le impuso negar las pretensiones señaladas en el escrito de demanda. (Expediente digital, audio 10AudienciaJuzgamiento29Marzo2022)

**4. Alegatos de conclusión.** Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

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

- (i) ¿El señor Carlos Albeiro Rodríguez Moreno fungió como empleador del aquí actor?
- (ii) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario, modalidad contractual, además, ¿Le asiste derecho al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social y demás pretensiones de orden condenatorio que se solicitaron en la demanda?

### **Relación laboral, extremos temporales, salario y modalidad contractual**

Con el propósito de desatar la precitada controversia, 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 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 exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma la existencia del contrato de trabajo, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial, por manera que a la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior, para significar que en materia laboral la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

En el sub – lite, la parte actora señala que su relación laboral con el demandado tuvo lugar en el período comprendido entre el 25 de octubre de 2017 al 23 de enero de 2018. Frente a esta pretensión, en la contestación de la demanda, el Curador Ad Litem, quien representa los intereses de Carlos Albeiro Rodríguez Moreno, señaló no constarle ello y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

Bajo ese horizonte, se tiene que aun cuando adujo el demandante la existencia de una relación laboral con la citada persona natural, es claro que no arrió ningún medio de convicción que permitiera concluir con certeza que lo dicho aconteció, tampoco en momento alguno demostró una prestación efectiva del servicio a favor de la persona que aduce ser el empleador. Lo anterior, por cuanto únicamente se allegó al informativo como medio de persuasión la historia laboral emitida por Subred Integrada de Servicios de Salud Occidente E.S.E., sin que de la misma se pueda extraer la existencia del contrato de trabajo que reclama el actor su declaratoria. Adicionalmente debe resaltarse que, se si bien se allegó al informativo como medio de prueba la afiliación del actor a EPS Famisanar S.A.S., sin embargo, tal elemento probatorio por sí solo tampoco es plena prueba de la prestación personal del promotor de la Litis a favor del enjuiciado, en tanto, de lo poco que puede leerse del documento, esté refiere como "IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEADOR" a una persona jurídica que no es demandada en este asunto.

En esa medida, advierte la Sala que ningún yerro cometió el Juez de primer grado al colegir que el aquí demandante no demostró la prestación del servicio a favor del demandado, toda vez dicha intelección no resulta ajena a la realidad probatoria, ya que las pruebas documentales en nada dicen sobre tal aspecto. En hilo de lo expuesto, si lo que pretendía el actor era una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable. Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y, las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por consiguiente, al no demostrarse que el actor hubiese prestado los servicios personales para el demandado Carlos Albeiro Rodríguez Moreno, tampoco es dable presumir la relación laboral subordinada entre estos, en armonía al artículo 24 del CST, de allí que debe absolverse al convocado a juicio, tal como lo dedujo con acierto el juzgador de primer grado.

### **Costas.**

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta, 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 29 de marzo de 2022, por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta.

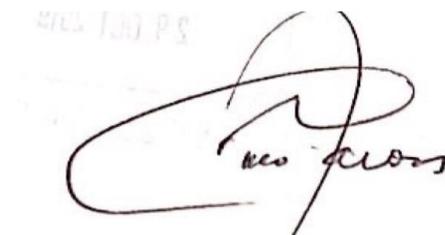
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**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-*