



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** CARMENZA RUBIO PACHECO  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**RADICACIÓN:** 110013105-036-2019-00074-01  
**ASUNTO:** APELACIÓN SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** CARMENZA RUBIO PACHECO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad o de manera subsidiaria la inexistencia del traslado y afiliación del RPMPD al RAIS, que como consecuencia de lo anterior se ordene el retorno al RPMPD; que se ordene a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual; que se conde a la AFP PORVENIR S.A. el reconocimiento y pago de 200 SMLMV por los perjuicios morales causados a la demandante; los ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por CAJANAL, desde el 25 de marzo de 1983 hasta el 31 de agosto de 1994; que para el mes de junio de 1994 suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A.; que no recibió la información técnica y adecuada para el momento de la suscripción del formulario; que presentó petición ante Colpensiones y Porvenir S.A. solicitando el retorno al régimen de prima media con prestación definida, pero le fue negada. (fols. 7 a 9 Expediente Digital, archivo No 01).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 392 Expediente Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación de la demanda con oposición a todas las pretensiones alegando que la afiliación cuenta con plena validez soportado por el formulario de afiliación; que las cotizaciones y demás aportes fueron realizados de manera libre, espontánea y voluntaria; que no se allega soporte para desmeritar la validez de la afiliación; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito 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 entidad de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la

Constitución Política); 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; aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 y la innominada o genérica. (Fols. 178 a 184 Expediente Digital- archivo No 02).

**3.2 PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la vinculación de la demandante con Horizonte S.A, hoy Porvenir SA en el año 1994 fue un producto de su voluntad y de su decisión libre, informada y espontánea; que no es procedente solicitar la declaración de la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento de conformidad con los artículos 1504 y S.S. del CC; que se le brindó la asesoría pertinente para que la decisión fuera libre, voluntaria e informada; que se encuentra en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que no procede la condena de devolución de los gastos de administración pues de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 también se descuentan en el RPM; que la permanencia de la demandante en el RAIS sin manifestación de inconformidad lleva a concluir el interés de continuar en el régimen privado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica (fols. 1 a 41 Expediente Digital- archivo No 02 contestación Porvenir).

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 23 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró que el traslado de la demandante al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, junto con las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas; declaró no probadas las excepción de prescripción. Finalmente condenó en costas a Colpensiones y Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo fundamento en que, bajo la promulgación de la ley 100 de 1993 ya existía el deber de información en cabeza de las AFP y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como las de Rad. 31989 de 2008, Rad. 33083 de 2011, SL 12136 de 2014 y SL 19447 de 2017, su incumplimiento traía como consecuencia la declaratoria de ineficacia, constituyéndose doctrina probable sobre dicho tópico. Todo esto va de la mano con lo expuesto en la sentencia SL 4360 de 2019 donde se expresa que la consecuencia de violar el derecho de afiliación libre hará que se efectúe la ineficacia; que en la sentencia SL 1055 de 2022 se destaca que es insuficiente acreditar la información solo con acreditar el formulario; que la carga probatoria está en cabeza de las AFP; que no se aplica los actos de relacionamiento en la materia; que en el caso concretó la a quo no encontró cumplido el deber de información que estaba en cabeza de las AFP a la fecha de la vinculación.

De igual forma, con base a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, deberá reintegrarse a COLPENSIONES todos los dineros recibidos por la AFP en virtud de la afiliación, siendo estos los saldos de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, así como cualquier valor a título de gastos de administración y comisiones debidamente indexados.

Respecto del traslado realizado desde CAJANAL, la falladora determinó que es viable declarar la devolución de los dineros a COLPENSIONES, pues con la supresión de esta entidad los afiliados fueron trasladados al ISS, hoy COLPENSIONES.

En materia de los perjuicios morales exigidos por la demandante, absolvió al no aportarse prueba alguna que permitiera determinar la existencia de los mismos.

Frente a la excepción de prescripción consideró que al tratarse de un tema íntimamente ligado con el derecho pensional de carácter irrenunciable e imprescriptible, la misma consecuencia se predica de la ineficacia del traslado. Finalmente, condenó en costas a PORVENIR S.A.

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

**5.1 COLPENSIONES.:** Manifestó que el deber de información y buen consejo ha evolucionado con el paso del tiempo, luego para el momento de la vinculación -1994- no era exigible a la AFP efectuar simulaciones o proyecciones; que la afiliación de la demandante obedece a una vinculación inicial en el RAIS y no a un traslado de RAIS; que las demandadas no han ejercido acciones u omisiones tendientes a afectar el derecho prestacional de la demandante; que la afiliada no acreditó la existencia de un derecho adquirido, pues no se encontraba afiliada al ISS ni reporta semanas de cotización; que la demandante se encuentra inmersa en la limitante del artículo 2 de la ley 797 de 2003 respecto del cambio de régimen en los últimos diez (10) años para alcanzar la edad de pensión; que en el proceso no se acreditó la existencia de un error en el acto jurídico, todo lo contrario, se invirtió arbitrariamente la carga de la prueba; que el deber de información no sólo está cargo de la AFP sino también de la demandante; que la afiliada no cumplió con el deber de información del consumidor financiero al no procurar la asesoría y solicitud de traslado oportunamente.

**5.2 PORVENIR S.A.:** interpone recurso de apelación sosteniendo que la afiliación llevada a cabo por la demandante fue eficaz y válida; que la demandante no acreditó la existencia de vicio del consentimiento dentro del cambio de régimen; que la reclamación se encuentra prescrita; que el formulario de afiliación se entiende como un documento público que se presume auténtico; que el formulario de afiliación contiene la declaración que la escogencia del régimen fue hecha de manera libre, espontánea y sin presiones; que en el interrogatorio de parte se observa que la demandante recibió asesoría en la que no se presentaron inconformidades ni dudas; que la afiliada impetró la demanda por una expectativa económica y no por falta al deber de información; que la ineficacia descrita en la ley 100 de 1993 se establece cuando se impide debatir el derecho de afiliación haciendo alusión al dolo; que PORVENIR S.A. sí acreditó el deber de información con el aporte de todos los documentos incluidos el formulario de afiliación; que la demandante permaneció dentro del RAIS por más de 25 años sin presentar algún tipo de inconformidad; que no es viable imponer cargas legales a PORVENIR S.A. diferentes a las establecidas al momento de la vinculación -1994-; que en el artículo 113 de la ley 100 de 1993 se establecen los dineros que deben ser entregados, por lo que es impedimento la devolución de sumas distintas a las allí consagradas; que los gastos causados a título de administración son producto de la gestión de buena fe por parte de la AFP PORVENIR S.A. y su reintegro generaría un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES. De esta manera se solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se compensen las condenas de gastos de administración, primas

de seguros y las indexaciones a cualquier título, así con los rendimientos financieros que exceden los mínimos legales.

## **6. Alegatos.**

**6.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

**6.2 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

**6.3 DEMANDANTE.:** Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y 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 los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por 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 AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (iv) ¿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 5144 del 20 de noviembre del 2019.

## **Afiliación, cotización y traslado**

Se encuentra demostrado que la señora CARMENZA RUBIO PACHECO, venía afiliada al al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por CAJANAL, desde el 25 de marzo de 1983 hasta el 31 de agosto de 1994 tal como consta en el formato No. 1 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Fol. 38 a 39) y que posteriormente se trasladó a Horizonte S.A., hoy PORVENIR S.A. el 8 de junio de 1994, conforme el formulario de afiliación (Fol. 24), entidad donde se encuentra actualmente, conforme el reporte SIAFP (Fol. 298), y la historia laboral de cotizaciones (Fols. 106 a 178 archivo No 02 contestación).

## **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 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 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar 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 PROTECCIÓN S.A. 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.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se

encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la 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.

### **Actos de relacionamiento**

Alude en su defensa el apoderado judicial de la parte apelante que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

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

Respecto del asunto que gira en torno a que antes del traslado al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial

en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

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

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

En este punto es necesario precisar que el accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras, así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 46 años de edad, por haber nacido el 17 de febrero de 1963, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco sí se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS 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 activarla en el régimen de prima

media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

### **Consecuencias 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).

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 o sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por parte de PORVENIR SA, pues esta es quien sucedió a HORIZONTE S.A., y además es la actual AFP donde se encuentra la actora. Adicionalmente, se confirmará que la devolución de los conceptos se realice debidamente indexada, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL1022-2022, sin que ello implique doble pago, pues la actualización o rendimientos es en cuenta a los aportes, y la indexación aquí ordenada es sobre los demás conceptos.

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

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la 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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

### **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de la 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 se confirman, pues de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP, las mismas se causan y se imponen a la parte vencida en el proceso, en este caso COLPENSIONES, razón por la cual se despacha de manera desfavorable tal punto de la alzada.

### **DECISIÓN**

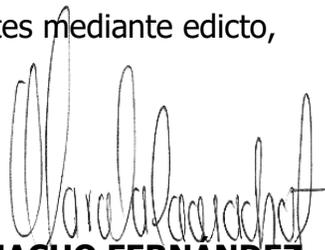
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

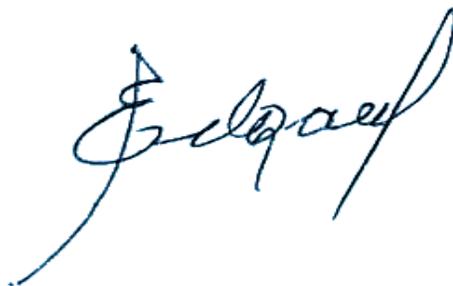
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado

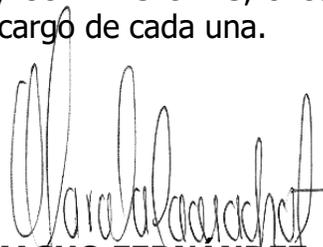


**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

*-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 PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ**  
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**PROCESO:** ORDINARIO LABORAL  
**DEMANDANTE:** ÁLVARO ARTURO CLAVIJO ÁLVAREZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES, PROTECCION Y PORVENIR  
**RADICACIÓN:** 20- 2020 - 00377  
**ASUNTO:** APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA  
**TEMA:** INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### **AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### **SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** ÁLVARO ARTURO CLAVIJO ÁLVAREZ instauro demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación al RAIS, ordenando el traslado y afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad; que se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus rendimientos, y gastos de administración; que se condene a PORVENIR S.A. en caso de haberse otorgado la pensión, que siga pagando la misma hasta tanto se produzca el traslado a COLPENSIONES, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante se afilió el 15 de junio de 1989 al sistema general de pensiones administrado por Colpensiones; que el 10 de septiembre de 1994 se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A.; que la AFP del RAIS no le suministró información completa y comprensible de las consecuencias del traslado de régimen pensional; que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A.; que solicitó a COLPENSIONES la anulación del régimen, pero le dieron respuesta negativa; que petitionó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. la anulación del traslado, pero le fue negado; que en COLPENSIONES obtendría una pensión de \$5.990.076, mientras que en el RAIS, sería de \$2.563.77.

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fols. 331 archivo No 04); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación con oposición a todas las pretensiones, afirmando que no existe prueba de que se haya hecho incurrir en error

o en algún vicio del consentimiento; que no existe alguna nota protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Fols. 334 a 371 archivo No 05)

**3.2 PROTECCIÓN S.A.** Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones aduciendo que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el acto de traslado se realizó en forma libre y espontánea, con la suscripción del formulario, el cual cumple los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que en caso de declarar la ineficacia no es procedente la devolución de gastos de administración y comisiones. Como excepciones de mérito expuso las de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y la innominada o genérica. (Fols. 416 a 435 archivo No 09)

**3.3 PORVENIR S.A.** A través de auto del 01 de julio de 2022 se le tuvo por no contestada la demanda. (Fols. 495 archivo No 14)

**4. Fallo de primera instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 05 de julio del 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por el demandante; declaró como aseguradora del demandante a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor; ordenó a PROTECCIÓN S.A. que en caso de existir aportes en esa AFP, sean trasladados a COLPENSIONES; absolvió de las demás pretensiones y gravó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, y finalmente la SL373 de 2021, señalando para tal efecto que le correspondía a la AFP Protección S.A. brindar la información correspondiente al demandante al momento del traslado; que se le debió informar que dicha decisión podría tener consecuencias graves; que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia; que el formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la carga probatoria debe invertirse a favor de la parte actora; que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, ya que no allegó ningún elemento probatorio que acredite haber cumplido con el deber de información. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado y la improperidad

de la excepción de prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado al derecho pensional, y finalmente, impuso costas a las demandadas.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, quien solicitó se revoque la misma, ante la inexistencia de un vicio del consentimiento dentro del contrato de afiliación suscritos en el régimen de ahorro individual; que el accionante no se encuentra en el régimen de transición; que la sentencia se basó en lo dicho en el interrogatorio de parte, sin tener en cuenta que el propio accionante no puede crear su propia prueba o favorecerse de sus dichos; que el traslado de régimen genera una descapitalización del sistema; que debe revocarse la condena en costas en cuanto que va en contravía con lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Política.

## **6. Alegatos de conclusión.**

**6.1 Demandante.** Solicita que se confirme la decisión de instancia, al evidenciarse la falta de información por parte de la AFP del RAIS.

**6.2 Colpensiones.** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de confirmarse la ineficacia se traslade en su integridad los aportes.

**6.3 Porvenir S.A..** Solicita que se revoque parcialmente la decisión de instancia, ya que el traslado fue válido, asimismo que se mantenga la absolución de las condenas a favor de Porvenir S.A.

## **CONSIDERACIÓN 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 los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

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

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

Se encuentra demostrado que el señor ÁLVARO ARTURO CLAVIJO ÁLVAREZ, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 15 de junio de 1989, con cotizaciones hasta el 30 de septiembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral (folio. 55 archivo No 01); que suscribió formulario de afiliación con Davivir, hoy PROTECCIÓN S.A., el 10 de septiembre de 1994 (fol. 436 archivo No 09); que posteriormente se trasladó a PORVENIR con fecha del 1 de junio de 1998 (folio. 72 archivo No 01), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (folio. 73 a 99 archivo No 01).

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

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información,

que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de 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 circunstancia, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues el actor fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a

demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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 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 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.

### **Actos de Relacionamiento**

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo

afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".*

### **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 al actor, 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

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

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

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara,

completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 10 de septiembre de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

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

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

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

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 o sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto no hizo la a quo, pues si bien ordenó el traslado de aportes a cargo de PORVENIR S.A. no hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A. y se omitió el traslado de los gastos de administración, descuentos por concepto de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, por lo que se adicionará tales conceptos en la parte resolutive de esta sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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

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

### **Excepción de prescripción**

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

## Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el artículo 365, numeral 1, del CGP, COLPENSIONES funge como demandada y resultó vencida en el presente proceso, además que ejerció férrea oposición a las pretensiones.

## 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,

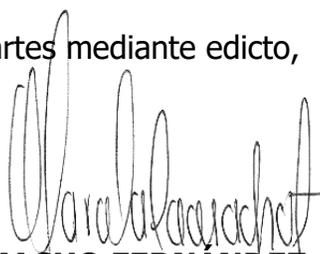
## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 05 de julio del 2022, la **ORDEN** de que la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

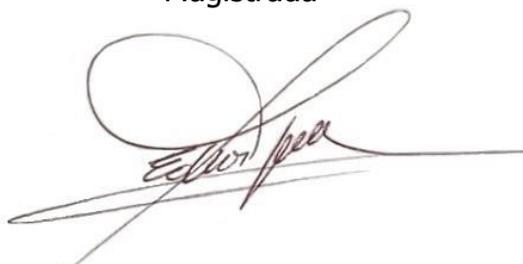
**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de 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:** *NUBIA STELLA BERNAL GARZÓN*  
**DEMANDADO:** *COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.*  
**RADICACIÓN:** *110013105008-2020-00294-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*  
**TEMA:** *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

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

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** NUBIA STELLA BERNAL GARZÓN instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPMPD al RAIS; como consecuencia, se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos, bono pensional y lo que hubiere obtenido a COLPENSIONES, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se trasladó del régimen de prima media con prestación definida a COLFONDOS S.A. a comienzos del año 1996; que el asesor de COLFONDOS S.A. le manifestó que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y mayor cantidad de beneficios al momento de recibir la mesada pensional; que la AFP COLFONDOS S.A. le realizó una simulación pensional con el cual obtendría una mesada pensional de \$1.830.000, mientras que en COLPENSIONES obtendría la suma de \$3.222.185; que el 11 de diciembre de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la nulidad de la afiliación, pero le fue negada en respuesta del 12 de diciembre del 2019. (fols. 1 a 8 archivo No 02).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (fol. 1 y 2 archivo No 16); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

**3. Contestaciones.**

**3.1 COLFONDOS S.A.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que no obra prueba alguna de que se hubiese hecho incurrir en error o falta de información, por el contrario la afiliación se hizo con el debido cuidado y deber de información legal de aquel entonces y que no hay ningún tipo de vicio en el consentimiento; que la AFP sí le brindó una asesoría integral, suficiente, oportuna,

veraz y eficaz respecto de las implicaciones del traslado; que no se puede pretender dejar sin efectos un acto válido, además que el demandante contaba con la oportunidad legal de retornar al régimen de prima media y no lo hizo. Como excepciones de fondo propuso las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad en la afiliación, la innominada o genérica, ausencia de vicios de consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos (Fols. 1 a 15 archivo No 08).

**3.2 COLPENSIONES.** Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el traslado no solo fue realizado ejerciendo el derecho a la libre escogencia de régimen, sino también es completamente válido, además que el mismo estuvo acorde a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data, es decir, a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fols. 1 a 8 archivo No 013).

**4. Fallo de Primera Instancia .**Terminó la instancia con sentencia del 16 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por el demandante; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado; condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos, y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13 de la ley de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, la sentencia C 789 de 2002, el Decreto 663 de 1993, Decreto 663 de 1993, Decretos 657 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2000, Ley 1748 de 2014, y Decreto 2071 de 2015, así como lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL12316 de 2014, SL4360 del 2019, SL1135 del 2017, SL4426 del 2019, SL12136 del 2014, y SL373 del 2021, en punto a que es obligación de la AFP de suministrar a sus afiliados la información completa y suficiente antes del traslado de régimen, a quien también le corresponde la carga de la prueba; que la suscripción del formulario no demuestra el consentimiento informado, a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que en atención a que la AFP no logró demostrar el suministro de la información, la consecuencia es declarar la ineficacia del traslado, con la correspondiente devolución de los gastos de administración debidamente indexados y sumas adicionales, con sus frutos y rendimientos. Finalmente adujo que no es procedente aplicar la prescripción, conforme lo señala la sentencia SL1689 del 2019.

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, aduciendo que la finalidad del interrogatorio de parte es buscar una confesión de parte y no puede generar ningún efecto probatorio para sí mismo; que la demandante en el interrogatorio manifestó que no vio la necesidad de cuestionar al asesor ni de recibir algún tipo de asesoría adicional, como por ejemplo por parte del ISS; que la parte demandante tiene una serie de obligaciones conforme el Decreto 663 de 1993 y por el Decreto 656 de 1994, los cuales no cumplió; que la

principal motivación para regresar a COLPENSIONES era el valor de la mesada pensional, más no el incumplimiento del deber de información; que la demandante hizo relación en el interrogatorio a la posibilidad de una pensión anticipada, lo cual es cierto en el régimen de ahorro individual; que la única obligación para esa época era el formulario afiliación como documento soporte del tiempo, modo y lugar en la que se dio la afiliación; que el eventual valor de la mesada pensional en uno u otro régimen pensional no resulta suficiente para pretender la anulación o ineficacia del traslado del régimen; que al estar referida la inconformidad en la mesada pensional, quien debe reparar e indemnizar es COLFONDOS S.A.

## **6. Alegatos de conclusión:**

**6.1 Demandante.** Solicita que se confirme la decisión de instancia, al evidenciarse la falta de información por parte de la AFP del RAIS.

**6.2 Colpensiones.** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

## **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 los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

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

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró

expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

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

Se encuentra demostrado que la señora NUBIA STELLA BERNAL GARZÓN se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 05 de julio 1982, con cotizaciones hasta el 10 de marzo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 1 archivo No 66554443332211\_2008-20210616082021); que suscribió formulario de afiliación con la AFP COLFONDOS S.A para el 21 de marzo de 1996 (Fol. 17 archivo No 08), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 20 a 31 archivo No 08).

### **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 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.

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

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

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

Ahora, respecto a que se cumplió con el deber de información según lo dicho por el actor en el interrogatorio, acota la Sala que solo manifestó generalidades, aunado a que, la información resulta ser incompleta ya que ni siquiera dio cuenta el actor de las modalidades de pensión en el RAIS, siendo lo correcto y lo procedente por parte de la AFP haberle suministrado de manera escrita por lo menos el "plan de pensiones" de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, documento que *"deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación"*, empero, el mismo brilla por su ausencia.

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 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.

### **Actos de relacionamiento**

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

*"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo*

*importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno”.*

### **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**

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si 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).

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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES. En el sub examine, una vez revisada la decisión se deja por fuera de la condena los descuentos por concepto de garantía de pensión mínima, por lo que se adicionará tal concepto en la parte resolutive de esta sentencia.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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

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

### **Excepción de prescripción**

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

## Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP COLPENSIONES es parte vencida en el presente proceso, además que ejerció férrea oposición a las pretensiones.

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio del 2022, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima**, de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

**TERCERO: CONDENAR** en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



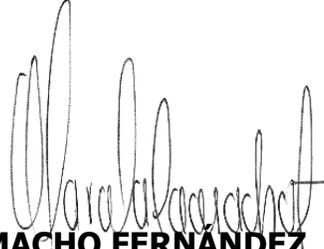
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

**COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de 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:** *DORIS DOROTHEA BICKENBACH GIL*  
**DEMANDADO:** *COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.*  
**RADICACIÓN:** *110013105-035-2021-00292-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*  
**TEMA:** *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### **AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

### **SENTENCIA**

#### **ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** DORIS DOROTHEA BICKENBACH GIL instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia, se declare que continúa válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones al régimen de prima media administrado por el ISS, desde el 01 de octubre de 1987; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 24 de agosto de 1994; que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 28 de mayo de 2018; que finalmente realizó su traslado a COLFONDOS S.A. el 21 de abril de 2020; que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., no le brindaron la información suficiente al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante las AFP del RAIS y COLPENSIONES, pero le ha sido resuelto de manera negativa (pág. 111 a 113).

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (pág. 970 a 971); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

#### **3. Contestaciones.**

**3.1 COLPENSIONES.** Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado al RAIS no presentó vicios del consentimiento y se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, con el suministro de la información suficiente,

además la inexistencia de oposiciones por parte de la demandante a su afiliación, e igualmente, la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito rotuló las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica. (Pág. 722 a 764).

**3.2 AFP PROTECCIÓN S.A.** Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y ello se encuentra corroborado con la firma del formulario de vinculación; que el acto jurídico de traslado cumplió con los requisitos de existencia y validez; que no se puede afirmar que la forma en que se liquida la pensión de vejez en el RAIS es ineficaz o nula; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; traslado de aportes a Colfondos S.A.; inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica. (Pág. 666 a 720)

**3.3 PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación llevada a cabo en 1994 se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños con la información amplia y oportuna sobre el funcionamiento del RAIS; que la AFP garantizó el derecho de retracto dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994; que el vicio de consentimiento es susceptible de saneamiento de acuerdo al artículo 1741 del Código Civil; que no es procedente la ineficacia del artículo 271 de la ley 100 de 1993 al no acreditarse actos que impiden o atentan contra el derecho de afiliación al sistema; que la demandante se encuentra en la restricción del artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la innominada o genérica. (pág. 437 a 572).

**3.3 AFP COLFONDOS S.A.** En la oportunidad legal manifestó que presenta oposición a todas las pretensiones, ya que la afiliación al RAIS por parte de la demandante llena los requisitos legales exigidos; que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación por parte de la demandante; que en ningún momento medió algún tipo de vicio del consentimiento o coacción. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrados por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago (Fols. 794 a 813)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 21 de junio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al

RAIS. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio los gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y realice la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión del Juez se basó en que de conformidad con la interpretación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 realizada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, la afiliación debe ser libre y voluntaria, la cual debe contener un mínimo de contenido que corresponde al suministro de las ventajas y desventajas de ambos regímenes para que el afiliado pueda tomar una decisión libre e informada; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de las AFP que se haya indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el año de 1994; que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos; que en los casos donde la parte demandante alegaba que no contaba con la información suficiente al momento de realizar el traslado es deber de la AFP probar la suficiencia de la misma, aspecto que no fue sustentado probatoriamente por las demandadas.

Que de conformidad con la jurisprudencia la declaración de la ineficacia del traslado trae consigo la devolución de las cotizaciones, rendimiento, cuotas de administración y comisiones a COLPENSIONES, a cargo de todas las AFP donde se haya afiliado la demandante y por el lapso en que haya durado la vinculación en cada una.

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

**5.1 COLPENSIONES.:** Manifestó que sea revocada la decisión puesto que la afiliación tiene todos los elementos de validez debido a que la demandante en ningún momento acreditó prueba alguna de la injerencia directa de COLPENSIONES en la manifestación de la voluntad de la afiliada, ni de las actuaciones de las AFP en ese momento; que COLPENSIONES no tuvo nada que ver con la omisión de información en las asesorías brindadas a la demandante; que la demandante figura dentro de la imposibilidad de traslado de régimen presente en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

**5.2 PORVENIR S.A.:** Peticiona que se revoque la sentencia sosteniendo que la demandante tenía el deber de conocer la información de ambos regímenes pensionales ya que se encuentran plenamente descritos en las leyes nacionales que han sido promulgadas y puestas en conocimiento de todos los ciudadanos; que la falta de educación no es fundamento razonable para indicar que está imposibilitada de conocer las implicaciones de su decisión al trasladarse de régimen pensional. De igual forma solicita sea revocada la orden de devolver los gastos de administración y comisiones, ya que estos conceptos están autorizados para ser descontados por las AFP producto de su buena administración ejercida sobre el capital en el momento de la afiliación; que la devolución de estos gastos de administración desembocaría en un enriquecimiento sin causa frente a COLPENSIONES dado que no existe norma que las ordene, siendo el artículo 113 de la ley 100 de 1993 el que menciona los dineros que deben ser trasladados en los casos de cambio de régimen.

## **6. Alegatos de conclusión:**

**6.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, se ordene a la AFP trasladar la totalidad de las sumas obrantes en la CAI.

**6.2 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y 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 el recurrente, 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 el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del

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

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

Se encuentra demostrado que la señora DORIS DOROTHEA BICKENBACH GIL, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 29 de septiembre de 1987, con cotizaciones hasta el mes de agosto de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (PÁG. 1 a 4 archivo No 37); que el 24 de agosto de 1994 se trasladó a HORIZONTE, hoy PROVENIR S.A. (Pág. 24 archivo No 02); que el 06 de febrero de 2018 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (Pág. 32 y 37 archivo No 32), posteriormente se trasladó a COLFONDOS el 21 de abril de 2020 (Pág. 17 archivo No 30) 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 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 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actor fue consistente en manifestar que solo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra

acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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 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 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.

### **Actos de relacionamiento**

Alude en su defensa el apoderado judicial de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*", tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

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

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: "**la actuación viciada de traslado del**

***régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”.***

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1994, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 24 de agosto de 1994, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

**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).

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 y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A.; sin embargo, no congloba de manera expresa los conceptos de sumas adicionales de la aseguradora en el caso de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima en el caso de las tres AFP del RAIS y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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

Además se debe precisar que, efectivamente 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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

## **COSTAS**

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de 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,

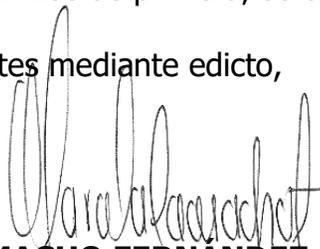
## **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **PRIMERO y SEGUNDO** de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia, 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A.. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



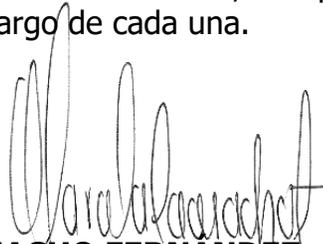
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

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



**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:** *DUGAR ZAMBRANO LÓPEZ Y OTROS*  
**DEMANDADO:** *TORRES ALFARO ACABADOS Y OTROS.*  
**RADICACIÓN:** *110013105-007-2018-00641-02*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN SENTENCIA*  
**TEMA:** *RELACIÓN LABORAL- SUSTITUCIÓN Y CULPA PATRONAL.*

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA**  
**ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** DUGAR ZAMBRANO LÓPEZ y NATALIA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en nombre propio y como representantes legales de los menores de edad GABRIELA, SERGIO ANDRÉS, y JUAN DANIEL ZAMBRANO FERNÁNDEZ, instauraron demanda ordinaria contra OMAR TORRES ALFARO, TORRES ALFARO ACABADOS S.A.S. y MARVAL S.A., con el fin de que se declare que entre DUGAR ZAMBRANO LÓPEZ y la demandadas existieron dos contratos de trabajo, el primero del 08 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017, y el segundo, desde el 02 de mayo de 2018, aún vigente; declarar que el despido realizado el 30 de noviembre de 2017, se efectuó encontrándose en estado de debilidad manifiesta; declarar que la PCL del 28.69% fue como consecuencia de las enfermedades laborales contraídas al servicio de las demandadas, en consecuencia, que se condene al reconocimiento y pago de la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, la indemnización de los 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los perjuicios materiales objetivados y subjetivados en lo correspondiente al daño emergente y al lucro cesante consolidado y futuro, el daño moral a favor del actor, su esposa y sus hijos, los perjuicios a la vida de relación por las enfermedades laborales sufridas, los intereses corrientes e intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 08 de enero de 2008 inició una relación laboral de carácter verbal con Torres Alfaro Acabados S.A.S., para ocupar el cargo de oficial de construcción en MARVAL S.A., obedeciendo órdenes de Omar Torres Alfaro, en una jornada de lunes a sábado de 8:00 am a 5:00 pm; que el 30 de noviembre de 2017 el señor Omar Torres Alfaro decide terminar de manera unilateral el contrato de trabajo, sin solicitar la autorización del Ministerio del Trabajo; que el último salario devengado fue de \$1.600.000, sin embargo, las cotizaciones a la EPS, AFP y ARL se hicieron sobre un salario mínimo; que para la fecha del despido el empleador conocía de las enfermedades laborales del actor, de los diagnósticos médicos y que se encontraba en tratamientos de recuperación de su accidente de trabajo; que durante la relación laboral no le cancelaron las vacaciones, primas y cesantías; que para el 02 de mayo de 2008 fue contratado nuevamente por Torres Acabados SAS y Omar Torres Alfaro, para ocupar el cargo de oficial de construcción;

que los demandados nunca incluyeron al actor en los programas de salud ocupacional, ni garantizaron las condiciones de seguridad e higiene industrial; que no le suministraron elementos de protección personal; que no le cancelaron las vacaciones, primas y cesantías; que su salario para el año 2018 era de \$1.600.000, pero las cotizaciones a la ARL, AFP y EPS se hizo sobre un salario mínimo; que el 27 de mayo de 2012 sufrió un accidente de trabajo al caerse de un tercer piso en la obra LIRIO DE CIUDAD VERDE; que el 04 de agosto de 2014 sufrió otro accidente de trabajo en la obra GRANADA DE CASTILLA; que las obras correspondían a MARVAL S.A., y en su ejecución recibía ordenes de jefes de construcción de MARVAL S.A., así como del señor Omar Torres Alfaro; que la ARL POSITIVA el 18 de junio de 2016 emitió calificación de PCL del 28.69%, respecto de las patologías fractura de vértebra lumbar, POP fractura vertebral L2 y esquinces y torceduras de otros- y POP fractura tobillo derecho; que el 12 de enero de 2017 la Junta Regional de Calificación de Invalidez emite dictamen y le asigna una PCL del 36.03% frente a los diagnósticos de fractura de vértebra lumbar y fractura del astrágalo derecho como accidente de trabajo; que los empleadores Omar Torres Alfaro y Torres Alfaro Acabados SAS, no realizaron exámenes médicos post-incapacidad para reinstalar al actor; que su entorno familiar está compuesto por Natalia Fernández Fernández como esposa y sus hijos menores Sergio Andrés, Juan Daniel, y Gabriela Zambrano Fernández, quienes dependen económicamente del demandante, y quienes a causa de las enfermedades laborales del demandante se han visto afectados, ya que se disminuyó la capacidad económica del demandante y todo su grupo familiar; que las secuelas de la enfermedad laboral sufrida han limitado a futuro el bienestar y la vida en relación de su núcleo familiar. (fls. 4 a 27 y 114 a 118 archivo No 01).

## **2. Contestaciones.**

**2.1 MARVAL S.A.:** Se opuso a las pretensiones enarboladas en la demanda con sustento en que la demandada no es, ni fue, ni ha sido la sociedad empleadora del actor; que en lo relacionado con la solidaridad no se presenta, dado que el objeto económico de MARVAL S.A. es diferente al de la sociedad Torres Alfaro Acabados S.A.S.. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del vínculo jurídico de naturaleza laboral entre MARVAL S.A. y el demandante; buena fe de MARVAL S.A.; inexistencia jurídica y legal de responsabilidad solidaria entre el empleador del actor y la sociedad MARVAL S.A.; falta de requisitos de estructuración jurídica del vínculo jurídico laboral; inexistencia de cualquier obligación de MARVAL S.A. respecto del actor; falta de requisito obligatorio de sustentación de la solicitud de indemnización; prescripción de la acción y todas sus accesorias jurídicas, legales, procesales y sustanciales que comporta; falta de causa legal, jurídica, sustantiva, constitucional y moral de la imputación de indemnización por falta de pago de las prestaciones sociales de un trabajador con cargo a una persona diferente al empleador; imposibilidad jurídica, constitucional, legal y falta de causa de la estructuración de los presupuestos del artículo 216 del CST; inexistencia de la prueba, legal y probatoriamente atendible de la presunta culpa de MARVAL S.A.; accidente de trabajo y sus efectos indemnizatorios, no imputables a MARVAL S-A- en atención a no ser el empleador; falta del requisito obligatorio de sustentación de la solicitud de indemnización; concurrencia de culpas; inexistencia de la prueba del nexo causal- causal exonerativa de la responsabilidad extracontractual; prescripción, y prescripción de las acciones de reparación. (Fols. 163 a 262 archivo No 01).

**2.2 TORRES ALFARO ACABADOS S.A.S.:** Se opuso a las pretensiones aduciendo que carecen de fundamento fáctico, enfatizando que el actor pretende la existencia de una relación laboral entre el 08 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017, sin tener en cuenta que la entidad demandada se constituyó el 05 de agosto de 2013;

que después del año 2013 existieron algunos contratos de trabajo, pero fueron por obra o labor intermitentes y no constantes como afirma el demandante, además que los mismos fueron liquidados; que peticona una indemnización, pero la misma ya fue cubierta por la ARL. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa, inexistencia del demandado y prescripción.

(Fols. 348 a 385 archivo No 01).

**2.3 OMAR TORRES ALFARO.:** Presentó oposición a las pretensiones con base en que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, además actúa de mala fe el demandante, al abusar del derecho reclamando acreencias laborales que no le corresponden, ya que durante la vinculación laboral con el demandado en el año 2012 al año 2013, se le cancelaron la totalidad de sus salarios y prestaciones sociales, sin que se adeude suma alguna; que durante la vinculación laboral se le brindaron como lo acredita MARVAL S.A., todos los elementos y capacitaciones de seguridad y salud en el trabajo y se realizaron los cursos de alturas respectivos; que no hay culpa patronal en el accidente de trabajo, ya que este acaeció un domingo (27 de mayo de 2012), en la cual el trabajador no tenía autorización de ingreso a la obra, sino que se encontraba realizando actividades de manera autónoma e independiente, por lo que mal haría en asignarse una responsabilidad que no existe. Como excepciones de fondo decantó las de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación, prescripción, e inexistencia de culpa patronal en el accidente laboral. (Fols. 386 a 392 archivo No 01).

**3. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 13 de diciembre del 2021, en el que el fallador de instancia, declaró que entre Dugar Zambrano López y el demandado Omar Torres Alfaro existió una relación laboral iniciada desde el 08 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017; declaró que entre el señor Dugar Zambrano López y la sociedad Torres Alfaro Acabados SAS existió una segunda relación laboral desde el 02 de mayo de 2018 hasta el 30 de diciembre de 2018; condenó a Omar Torres Alfaro a pagar al demandante las siguientes sumas de dinero: \$4.999.317 por concepto de cesantías; \$693.598 como intereses a las cesantías; \$874.673 como vacaciones; \$1.749.347 como prima de servicios; \$248.582 como sanción por no pago de intereses a las cesantías; \$ 48.688.250 como sanción por no consignación de cesantías, causadas desde el 15 de febrero de 2009 y hasta la terminación del vínculo laboral el 30 de noviembre de 2017; \$4.426.302 correspondiente a la sanción de 180 días de salario conforme lo establecido en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; \$4.426.302 a cargo de Torres Alfaro y Acabados SAS, como indemnización de los 180 días de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, y gravó en costas procesales.

Para tomar su decisión, indicó que para el 27 de mayo del 2012, cuando el actor sufrió el accidente de trabajo, laboraba para la persona natural Omar Torres Alfaro, ya que ni siquiera para esa fecha se había constituido la sociedad demandada Torres Alfaro Acabados S.A.S., y que solo existe un contrato que inició el 20 de mayo del 2018, con la sociedad Torres Alfaro Acabados S.A.S. y terminó el 30 de diciembre del 2018, tal como se constata con la liquidación del contrato de trabajo, por lo que, como fue pedido en la demanda, existieron esas dos relaciones laborales regidas por contratos de índole laboral, el primero con el señor Omar Torres Alfaro en forma continua desde el 8 de enero del 2008 y hasta el 30 de noviembre de 2017, y la segunda relación laboral a través de un contrato de trabajo por obra o labor contratada con la sociedad Torres Alfaro Acabados S.A.S., que inició el 2 de mayo del 2018 y terminó el 30 de diciembre de la misma anualidad.

Ahora, frente al pago de prestaciones y acreencias laborales, adujo que, revisadas las documentales al actor se le pagaron los valores correspondientes a las prestaciones sociales causadas desde mayo del 2018 hasta el 30 de diciembre del 2018, a cargo de la sociedad empleadora Torres Alfaro Acabado S.A.S., por ello, al evidenciar que no existe salario distinto al que tomó el empleador en ese momento, el despacho no encuentra que exista posibilidad de imponer condena alguna por salarios o prestaciones.

Respecto al señor Omar Torres Alfaro, como empleador de la relación laboral que se extendió entre el 8 de enero del 2008 y finiquitó el 30 de noviembre del 2017, no obra ninguna prueba de los valores que se le hubiesen pagado al demandante por concepto de prestaciones y vacaciones que reclama, por lo tanto, es procedente imponer condena por cesantías e intereses, vacaciones, primas de servicios, sanción por no pago a los intereses de cesantías e igualmente la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

En lo atinente a la indemnización de qué trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ordenó su reconocimiento tanto por Román Torres Alfaro y la sociedad Torres Alfaro Acabados S.A.S., ya que el demandante había sido calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, asignándole una PCL del 36.03%.

Consideró que tanto en la terminación de la primera relación laboral, como en la segunda relación laboral, el demandante sí tenía la protección laboral reforzada que alega por fuero de salud, y no debió haberse dado por terminado el contrato de trabajo por parte de sus empleadores, además que no obra prueba ni de la renuncia del demandante en la primera relación laboral ni de la terminación de la obra o labor contratada en la segunda relación laboral con la sociedad demandada.

En lo atinente a la indemnización integral de perjuicio o la culpa patronal, manifestó que, si bien resulta indiscutible que el demandante tuvo un accidente que se catalogó de carácter laboral y fue atendido oportunamente por la ARL POSITIVA, donde se encontraba afiliado, encontrándose como empleador la sociedad demandada Torres Alfaro Acabados S.A.S, ello por sí solo no configura la culpa patronal, ya que el día del accidente en el año 2012, el demandante no se encontraba en las instalaciones de la obra realizando labores propias del contrato para el cual fue vinculado a esa obra, pues el testigo que trajo el demandante, manifestó de manera contundente y directa que el demandante fue a realizar un contrato o a ejecutar una labor que contrató con un tercero propietario de un apartamento, el cual ya no era de MARVAL, situación que corroboró la tesis expuesta en la contestación de la demanda; consideró el a quo que el demandante no estaba el día del accidente de trabajo realizando funciones contratadas con su empleador, ya que estaba por su cuenta, ingresó sin permiso de manera abusiva, tal y como el testigo lo señaló, ya que ellos mismos firmaban y se daban la autorización en el libro para poder ingresar al otro día sin permiso de nadie a las instalaciones de la obra.

Manifestó que el actor de manera equivocada, imprudente e irresponsable intentó alcanzar unas herramientas en un apartamento de otro bloque del tercer piso y sufrió el accidente, pero de allí, y de los perjuicios que ocasionaron tanto a él como a su esposa y a sus menores hijos, no puede irrogar ninguna condena a cargo de los empleadores demandados; que si bien fue atendido por la ARL, aun habiendo sido una situación acaecida bajo las anteriores circunstancias, se le pagó su indemnización que legalmente le correspondía y no hay lugar a irrogar ninguna condena contra ninguno de los demandados, en virtud de que no existió responsabilidad patronal.

Frente a la sociedad MARVAL S.A., adujo que, si bien no era empleadora directa del demandante, fue vinculada precisamente reclamando a su cargo la solidaridad como dueña de la obra, lo que no es procedente debido a la ausencia total de responsabilidad del empleador.

En lo atinente a la excepción de prescripción, la declaró probada parcialmente frente a los derechos que se causaron con anterioridad al 12 de octubre del 2015, a excepción de las cesantías, y sus intereses.

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

**4.1 Demandante.** Manifiesta que no se tuvieron en cuenta los argumentos que se expusieron sobre la sustitución patronal que acaeció, toda vez que, cuando se constituye la sociedad Torres Alfaro Acabados en el año 2013 se continúa prestando los mismos servicios que venía desempeñando el demandante para el demandado como persona natural, servicios que eran a favor de la empresa MARVAL, consistente en trabajos civiles de obra; que las obligaciones patronales que se desprenden del contrato realidad y, por las cuales resultó siendo condenado el señor Omar Torres Alfaro, también deberán ser imputadas a la sociedad Torres Alfaro Acabados; que en el accidente de trabajo ocurrido en el año 2014 se reporta que el empleador para esa fecha era la sociedad Torres Alfaro Acabados S.A.S y no el señor Omar Torres; que la sociedad Torres Alfaro S.A.S allegó los aportes a la Seguridad Social que hacía a nombre del demandante desde el año 2013, y por ello, es responsable bajo la figura de la sustitución patronal; en cuanto a la culpa patronal, adujo que las pruebas testimoniales fueron mal valoradas, ya que se estableció por el a quo que el demandante ingresó de manera irregular, pero no hay ninguna evidencia de un proceso disciplinario que se hubiera adelantado en su contra en ese sentido, asimismo, se establece que se falsificaron documentos de lo cual tampoco hay ninguna denuncia penal; que de las pruebas documentales como el reporte de los accidentes de trabajo, la historia clínica del trabajador y el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral, en ninguno de esos documentos se establece la responsabilidad que en juicio se le endilga al demandante; que aun estableciendo que los testimonios son fehacientes y válidos, hay una responsabilidad compartida, ya que no se puede entender que una construcción de la envergadura que maneja la compañía MARVAL S.A. se presenten esa clase de irregularidades, máxime cuando en el interrogatorio que se le practicó a la representante legal, admitió que la inspección y vigilancia de la obra correspondía directamente a MARVAL, inspección que se atribuye desde cuándo los trabajadores ingresan a la obra y hasta cuando salen, es decir, tiene una posición de garante; que cuando el trabajador ingresa a la obra debe garantizar su seguridad, su bienestar y establecer de que a la salida del trabajo está en perfecto estado; que el empleador debió haber implementado todos los mecanismos de seguridad idóneos para no permitir qué circunstancias, como las que ocurrieron, se presentarían; que no se adelantó ninguna actuación de tipo administrativo en aras de adelantar la investigación del accidente de trabajo que determinará como responsable del hecho ocurrido el supuesto acto irresponsable del actor.

**4.2 Omar Torres Alfaro:** Manifiesta que no se encuentra de acuerdo con las sanciones impuestas al demandado, teniendo en cuenta que su relación laboral con el demandante terminó en el año 2013, fecha para la cual todas las obligaciones fueron pagadas, como se acreditó con un paz y salvo que se aportó al proceso con la contestación de la demanda; que al haberse pagado todos los emolumentos a la fecha de finalización del contrato, no está de acuerdo con la imposición de la sanción moratoria y que, si bien el despacho pudo haber evidenciado que hubo alguna falencia

probatoria en el sentido de que no se hicieron algunos pagos, lo cierto es que, esa moratoria no opera de manera automática, sino que debe revisarse si existió mala fe y para el demandado era claro que no debía absolutamente nada, como lo mencionó en su interrogatorio, adicional a ellos porque tenía como soporte un paz y salvo. En síntesis, pide que se revoque las sanciones impuestas y en su lugar se declaren probadas las excepciones.

## **5. Alegatos.**

**5.1 Torres Alfaro Acabados SAS.** Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que se logró demostrar que el demandante firmó un paz y salvo en diciembre de 2018, aunado a que el demandante no demostró que gozara de estabilidad laboral reforzada.

**5.2 Omar Torres Alfaro.** Peticiona que se revoque la decisión de primer grado, dado que obra en el expediente paz y salvo donde se encuentra cubierto el pago de las acreencias reclamadas, además que la relación laboral finalizó el 30 de noviembre de 2013, con lo cual se encuentran prescritos algunos derechos reclamados.

**5.3 Marval S.A.:** Esgrime que debe confirmarse la decisión de instancia, aunado a que no se presenta ninguna solidaridad como lo pretende el actor.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

El recurso de apelación interpuesto por las partes 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 los recurrentes.

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

- (i) ¿Se desvirtúa la existencia de relación laboral entre el demandante y Omar Torres Alfaro?
- (ii) ¿Se configura la figura de la sustitución patronal entre OMAR TORRES ALFARO y TORRES ALFARO ACABADOS S.A.S.?
- (iii) ¿Si en el caso bajo estudio se configura la culpa patronal del artículo 216 del C.S.T, y por ende, si hay lugar a la condena impuesta por indemnización plena o total y ordinaria de perjuicios?
- (iv) ¿Le asiste derecho al actor a las indemnizaciones y sanciones impuestas a cargo del demandado?

### **Existencia de la relación laboral**

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que la parte demandante no discute la declaratoria de la existencia de dos relaciones laborales, esto es, la primera desde el 08 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017 y la segunda desde el 02 de mayo de 2018 hasta el 30 de diciembre de 2018, pues de esa manera incluso fue solicitada en las pretensiones de la demanda, siendo el punto de controversia el que las condenas impuestas a OMAR TORRES ALFARO como persona natural, deben ser asumidas también por la sociedad TORRES

ALFARO ACABADOS S.A.S. bajo la figura de la sustitución patronal, como a continuación se estudiará.

### **Sustitución patronal**

Para resolver, debe precisarse que el artículo 67 del C.S.T, establece que se entiende por *"sustitución de {empleadores} todo cambio de un {empleador} por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios"*.

Paralelo a ello, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás ha venido sosteniendo que: *"Para que se produzca la sustitución patronal la jurisprudencia ha reiterado que tres son las condiciones esenciales, a saber: 1. El cambio de un patrono por otro. 2. La continuidad de la empresa o identidad del establecimiento. 3. Continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo».* CSJ SL, 13 feb. 1991, rad. 4101, reiterada en providencia CSJ SL850-2013, y SL15929-2017.

Una vez considerado lo anterior, esta Sala de Decisión da cuenta que, frente a la sustitución patronal, si se acreditan los elementos configurativos de tal figura, veamos;

**(i) El cambio de un patrono por otro**, el mismo demandado Omar Torres Alfaro al absolver interrogatorio dio cuenta que él era el empleador inicialmente, pero que en el año 2016 tuvo problemas de insolvencia y *"hasta ahí terminaron mis labores (...) me tocó vender todo, quedé siendo un empleador, como cualquier otro, como lo está él"*, y frente a la terminación del primer contrato de trabajo del demandante, esto es, para el 30 de noviembre de 2017, en la que le preguntan que si se terminó con justa causa, menciona que eso lo debía saber *"el patrón de él ahora, no se cual fueron las causas de ello, que él se retiró, las desconozco en su debido momento"*; igualmente, el representante legal de Torres Alfaro Acabados SAS, al hacer relación a la vinculación del demandante, dijo que para el año 2016 el cogió las riendas de la empresa, y que respecto al demandante *"él estaba afiliado, (...) Cuando yo tomé las riendas de la empresa, él siguió trabajando normal como decía", "ya yo era su jefe inmediato, siguió desarrollando las mismas actividades, no hubo ningún problema con él. Los pagos a sí mismo, como venía con Omar Torres, asimismo se siguió, ya yo en Torres Alfaro, pues con un poquito más de conocimiento, empecé a implementar, digamos nuevas herramientas de trabajo"*.

En este punto, debe tenerse en cuenta que a folios 373 a 377, obran pagos a la cuenta del actor, donde se refleja a la entidad Torres Alfaro Acabado SAS como quien consinga desde aproximadamente el año 2016, y en el mismo sentido, en el archivo No 018, se allegaron las planillas de aportes a seguridad social, siendo la razón social cotizante Torres Alfaro Acabados SAS, de quien se reflejan cotizaciones para el periodo abril de 2017, es decir, durante la vigencia de la primera relación laboral, lo que conlleva a considerar que el primer elemento se encuentra acreditado, ya que en efecto el actor venía vinculado inicialmente con Omar Torres Alfaro como personal natural, pero con posterioridad, o por lo menos desde el año 2016 continuó con Torres Alfaro Acabados SAS.

**(ii) La continuidad de la empresa o identidad del establecimiento**; este requisito también se acredita, en la medida en que, la actividad desarrollada por Omar Torres Alfaro y Torres Alfaro Acabados SAS, es la misma, y así lo hizo saber en su

interrogatorio el señor Omar Torres Alfaro, cuando manifestó que la actividad económica desarrollada era la de terminación y acabados de edificios y obras civiles de ingeniería, misma actividad que es la que tiene Torres Alfaro Acabado SAS, tal como consta en el registro de Cámara y Comercio (Fols. 85 a 87), aunado a que, continuó Torres Alfaro Acabado SAS ejecutando contratos con MARVAL S.A. y el actor según la misma versión del representante legal de Torres Alfaro Acabado SAS, "siguió desarrollando las mismas actividades" desde el año 2016, con lo cual se encuentra acreditado este requisito.

**(iii) Continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo**, igualmente, este requisito, se acredita, pues el demandante venía laborando para Omar Torre Alfaro desde el 08 de enero de 2008, y por lo menos, tal como se constata con la prueba documental y los interrogatorios de parte del demandado Omar Torre Alfaro como persona natural y del representante legal de Torres Alfaro Acabados SAS, el actor desde el año 2016 continuó ejerciendo la misma actividad con Torres Alfaro Acabados SAS, ya que Omar Torre Alfaro estaba atravesando problemas de índole económica, y por ello, fue que Torres Alfaro Acabados SAS asumió como empleador del demandante sin solución de continuidad hasta el 30 de noviembre de 2017, y posteriormente, de manera formal lo vinculó como empleador desde el 02 de mayo de 2018 hasta el 30 de diciembre de 2018.

Valga la pena precisar, que la sustitución patronal tiene por fin amparar al trabajador ante el cambio de un patrono por otro, y como lo ha dicho la Corte, "**cualquiera que sea la causa**", esto es, bien sea que: *"se trate de mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte), enajenación del goce (arrendamiento, alquiler, etc.), alteración de la administración, modificación en la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa.* (Sentencia del 11 de febrero de 1981, reiterada en sentencia SL1943-2016), con lo que, se concluye que se equivocó el a quo al no declarar la sustitución patronal, pues su decisión se fundó en que con la sociedad Torres Alfaro Acabados SAS solo se acreditó el segundo contrato declarado, al estar aportado el contrato de trabajo, sin detenerse a revisar la situación particular de cómo se presentó y desarrolló la relación laboral del actor con el primer empleador, y la incidencia de la sociedad Torres Alfaro Acabados SAS en la misma.

Ahora, como quiera que se configura la sustitución patronal, debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 69 del CST, el cual pregona que *"El antiguo y el nuevo {empleador} responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél"*, con lo cual, razón le asiste al alzado al pedir que debe responder el demandado Omar Torres Alfaro de manera solidaria, y que las condenas impuestas sean a cargo de Torres Alfaro Acabados SAS.

### **Indemnización art. 99 Ley 50 de 1990**

Cuestiona el demandado Omar Torres Alfaro, que no es procedente la indemnización impuesta, dado que no ha actuado de mala fe.

Para resolver, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

En relación con 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 o consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Precisado lo anterior, dentro del proceso no obra evidencia de que la demandada hubiese consignado las cesantías a favor del demandante en un fondo, por el contrario, del mismo interrogatorio absuelto por el demandado Omar Torres Alfaro, al preguntársele a qué fondo lo afilió y cómo canceló las cesantías y demás prestaciones, respondió que *"lo hacía por cada contrato de obra o labor que tenían ellos, por cada obra o labor que se le liquidaba, se les pagaba todo a ellos. Porque en cada pago ellos exigieron un adelanto y al final de la obra se les cruzaba con la liquidación y se le daba, y ellos firmaban el paz y salvo y se les pagaba el excedente"*, conducta que deja entrever que no se afilió al actor a un fondo de cesantías, a pesar de que la relación laboral se extendió desde el 08 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017, es decir, por un espacio de más de 9 años, y en la que, ni siquiera se allegan las liquidaciones a que hace referencia por cada contrato de obra o labor, y por ello, debe condenarse el pago de la sanción por no consignación de dicho auxilio de cesantías.

Ahora, alude la alzada que se aportó un paz y salvo; sin embargo, el único paz y salvo que se evidencia en el plenario es del último contrato (Fol. 369 archivo No 01) que va desde el 02 de mayo de 2018 hasta el 30 de diciembre de 2018, y en todo caso, debe precisársele a la apelante que la sanción impuesta es por no consignación de las cesantías en un fondo y no la del artículo 65 del CST, ya que en esta última se revisa el pago oportuno de salarios y prestaciones a la finalización del contrato, mientras que la impuesta en primera instancia hace referencia a la omisión del empleador de consignar las cesantías en un fondo, y como evidentemente no existe prueba de que se haya afiliado al demandante a un fondo de cesantías y en consecuencia que se haya consignado tal rubro al 14 de febrero de cada anualidad durante la cual estuvo vigente la relación laboral, se hace protuberante no solo la condena por cesantías e intereses, sino también la indemnización por no haber consignado las cesantías a un fondo de pensiones.

Igualmente, manifiesta que la relación laboral con Omar Torres Alfaro finalizó en el año 2013, y que para esa fecha pagó las prestaciones que se le debían al demandante; empero, ninguna probanza se allega al respecto, siendo que el tema del paz y salvo no logra acreditar el pago de las cesantías al fondo, obligación que le competía acreditarla a la demandada, pero solo se quedó en el simple dicho de la parte demandada en el interrogatorio, sin que ello haya sido aceptado por el actor al absolver el interrogatorio, aunado a que, como quedó explícito en la parte donde se analizó la sustitución patronal, la relación laboral se extendió desde el 08 de enero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017, inicialmente con Omar Torres Alfaro como personal natural y luego a través de Torres Alfaro Acabados SAS, quien sustituyó como empleador a Omar Torres Alfaro, interregno donde no se evidencia el pago efectivo de lo adeudado y que el a quo ordenó su pago.

En los anteriores términos habrá de confirmarse la condena impuesta por indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sin que ninguna disquisición se haga respecto de su liquidación, ya que no fue objeto de reproche, pues la alzada solo se dirigió a sostener que no obró de mala fe, es decir, frente a su causación.

### **Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997)**

En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta indemnización procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago "sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren".

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

*"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.<sup>[95]</sup> De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)*

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016.

En el presente asunto, debe tenerse en cuenta que el actor fue despedido el 30 de noviembre de 2017, con pleno conocimiento por parte del empleador frente a su situación de salud y su calificación de pérdida de capacidad laboral, ya que ello fue aceptado por los demandados, sosteniendo la pasiva que para esa calenda se presentó renuncia del trabajador; sin embargo, no obra en el expediente tal renuncia, ni tampoco el actor en el interrogatorio aceptó que hubiera dimitido del cargo, razón más que suficiente para determinar que la terminación del contrato de trabajo se hizo sin tener en cuenta su estado de salud y su pérdida de capacidad laboral del 36.03 % (Fol. 65 a 67 archivo No 01), por lo que la condena a tal indemnización se mantiene incólume.

### **Indemnización plena y ordinaria artículo 216 C.S.T.**

Establece el artículo 216 del C.S.T, que "cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios".

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 30 de junio de 2005 (Radicación 22.656), sostuvo:

*" (...) es del caso precisar que para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo exige la ley, amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, **la 'culpa suficientemente comprobada'** del empleador; a diferencia de lo que ocurre con las prestaciones económicas y asistenciales tarifadas previstas, hoy, en los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002 y demás normas que las reglamentan, especialmente las contenidas en el Decreto 1295 de 1994, que se causan por el mero acaecimiento de cualquiera de las contingencias anotadas, sin que para su concurso se requiera de una determinada conducta del empleador".*

Como puede verse la culpa patronal es un régimen de responsabilidad subjetiva por **culpa probada del empleador**, y para que opere debe tenerse en cuenta la convergencia de los elementos estructurantes de la misma, a saber, hecho dañoso que se evidencia con la ocurrencia del riesgo profesional (accidente de trabajo), la culpa suficientemente comprobada del empleador, y el nexo de causalidad entre los primeros dos elementos.

En tal sentido descendiendo al caso *sub examine*, bajo los derroteros legales y jurisprudenciales traídos a colación con anterioridad, procede la Sala a verificar si operó la culpa patronal del artículo 216 del C.S.T, en lo atinente a la acreditación de los elementos estructurantes del régimen de responsabilidad subjetiva por culpa del empleador y la asunción que le corresponde de la carga de la prueba a cada uno de los extremos litigiosos.

**(i) Hecho dañoso/ocurrencia del riesgo/daño.** En el caso materia de estudio, corresponde al accidente de trabajo, el cual ocurrió el 27 de mayo de 2012, tal como se detalla en el "informe de accidente de trabajo", relacionado en el dictamen de pérdida de capacidad laboral (Fols. 61 a 67), donde se indica que *"el trabajador se encontraba pasándose de un apto a otro por una de las ventanas de repente se resbala y cae desde un tercer piso ocasionándose trauma en pelvis y en tobillo derecho, no tenía elementos de seguridad"*.

Ahora, sobre el acaecimiento del accidente de trabajo, fue un hecho aceptado por el demandado Omar Torres Alfaro, al contestar el hecho treinta (Fol. 388 archivo No 01), con lo cual se encuentra planamente acreditado el hecho dañoso o la ocurrencia del riesgo profesional.

**(ii) Culpa patronal.** Importa precisar el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de cómo se distribuye la carga de la prueba frente a la culpa patronal: *"La Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general, al trabajador le corresponde demostrar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia de un accidente de trabajo, pero, por excepción, con arreglo a lo previsto en los artículos 177 del Código de Procedimiento Civil y 1604 del Código Civil, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección, se invierte la carga de la prueba y es el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores. (Al respecto pueden verse decisiones como las CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23656, CSJ SL, 10 mar. 2005, rad. 23489, CSJ SL, 10 may. 2006, rad. 26126, entre muchas otras)"*.

Adicionalmente ha establecido la Jurisprudencia que *«...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde*

*demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores.» (CSJ SL7181-2015).*

Así mismo en la sentencia CSJ SL17216-2014 la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, recalca que «...corresponde a quien pretende el pago de la indemnización demostrar la inobservancia injustificada de los deberes por parte del patrono, que como se anotó también derivan del pacto contractual, y la plena incidencia que tuvo en la ocurrencia del siniestro, pues no siempre que exista un resultado dañoso aquella opera, en tanto corresponde atenderse la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro y, fundamentalmente, la diligencia de quien lo creó.»

Habida cuenta que el a quo determinó que no existió culpa patronal, y que a ello se opuso la parte demandante en el recurso de apelación, debe decirse por esta Sala de Decisión que en efecto la razón está del lado del cognoscente de instancia, es decir, no se encuentra acreditada la **'culpa suficientemente comprobada'** del empleador, por las siguientes razones;

Si bien en el dictamen de pérdida de capacidad laboral (Fol. 62 a 67 cuaderno No 01), se establece que el actor tuvo una pérdida de capacidad laboral del 36.03%, producto del accidente de trabajo acaecido el 27 de mayo de 2012, al caerse de un tercer piso mientras pasada de un apartamento a otro para sacar unas herramientas, lo cierto es que, tal actividad laboral no fue en ejecución de su contrato de trabajo, ni tampoco correspondía entre sus labores cruzar de un apartamento a otro, es decir, no tenía asignado trabajo por fuera de los apartamento ni en las fechadas, y así lo dijo el mismo demandante en su interrogatorio, cuando se le preguntó si debía realizar trabajos en alturas, ante lo cual manifestó que *"Sí es cierto que nosotros realizamos trabajos en altura porque nosotros, una obra se hace a veces de 12 pisos, de 6 pisos y todo eso tenemos que subirlo hasta los 12 pisos, ¿sí? nosotros pues es trabajo en altura están por dentro de los apartamentos para trabajo en altura, por dentro los apartamentos, que es lo que nosotros realizamos"*, y ante la pregunta de *"¿Usted no tenía por qué colgarse de los apartamentos?"*, manifestó que *"no señor"*, es decir, de entrada se puede apreciar que el actor no estaba en el ejercicio o ejecución de una actividad normal para la cual fue contratado, además de que no logra establecerse en el legajo que el día 27 de mayo de 2012 haya tenido la instrucción de hacer presencia en la obra o que haya recibido la orden por parte del demandado Omar Torres Alfaro, con quien además tenían cierto grado de cercanía como amigos y quien explicó que por ese grado de amistad se reportó el accidente ante la ARL, pero para que asumiera la cobertura, más nunca aceptó en el interrogatorio que hubiera autorizado el ingreso a la obra el 27 de mayo de 2012 o que hubiere dado la instrucción de ir a laborar ese día.

En este punto, debe tenerse en cuenta el dicho del testigo Jaider Torres Suárez, quien fue traído a rendir declaración por la propia parte demandante, y quien como compañero de trabajo estuvo presente el día del accidente, persona que asistió al actor después de la caída, quien de manera precisa y contundente hace desvanecer la tesis sostenida por la activa, ya que en su relato manifiesta que el día del accidente solo fueron los dos a la obra junto con señores "que iban a hacer otro trabajo", esto es, el señor Albeniz Zambrano y Naimés Oliveros, y que la actividad a desarrollar era enchapar un pasillo; dijo además que el apartamento donde estaba la herramienta estaba cerrado "y eso fue un domingo y no había como tal, no había llavería ese día", y frente a la autorización para el ingreso y la actividad de pasarse de una ventana a otro dijo que "no, nadie, nadie lo autorizó", asimismo, frente a la pregunta "¿bajo órdenes de quien ingresaron el día del accidente a la obra denominada Lirio conjunto

*residencial, en el municipio de Soacha? Respondió que "Puede ser ese día o ese día los permisos, pues como tal esos permisos los hacía uno mismo, o sea, uno se anotaba en el en el libro, cuando él quería ir a trabajar los domingos, pues uno se anotaba en el libro, en un libro, hay manual por él por el vigilante y eso. Y así uno ingresaba a la obra el siguiente día o el domingo, me explico"; seguidamente se le pregunta ¿Y el señor Omar Torres Alfaro tenía conocimiento de que bajo ese procedimiento ingresaron a la obra?, y respondió "Pues la verdad, él no tenía conocimiento porque anteriormente, uno hacía los permisos e ingresaba a la obra. Uno ya solamente tenía que anotar quién iba a trabajar el domingo y uno se anotaba y así podía ingresar al siguiente día a la obra"*

Y frente a la actividad al interior de la obra o lo que ocasionó el accidente, explicó cuando se le preguntó por qué no ingresó con el demandante a la misma torre si iban a trabajar allí, que el demandante iba a usar esa herramienta para irse a trabajar a otro lado y que por ello lo estaba esperando en el parqueadero; seguidamente se le pregunta *¿O sea, ustedes necesitaban esa herramienta para irse a trabajar a otro apartamento?* Respondiendo que *"Sí pues, íbamos a otro apartamento, pero, o sea, íbamos a terminar algo ahí, de ahí pasamos a otro apartamento, teníamos que terminar algo en otra torre, pero de ahí pasamos a otro a otro apartamento"* - *¿Y ese apartamento en que ustedes iban a hacer ese trabajo era ya de algún propietario o aún era de propiedad de MARVAL?* Respondió *"Era de un propietario ya"* - *¿Usted sabe el nombre del propietario?* Respondió *"La verdad no, no, señor, porque ya eso hace tantos años ya. Ya no, no me acuerdo de eso"* - *¿Y usted sabe si el señor Omar Torres Alfaro tenía algún contrato con ese propietario para realizar esas obras?* Respondió *"Ah, no, no, señor"* - *¿O sea, esas obras eran que ustedes se van a realizar, eran independientes?* Manifestó que *"Ah sí, sí ya eso, ya eso estaba por la parte del conjunto ya eso estaba entregado ya"* - *¿O sea, no tenía nada que ver con el contrato que desarrollaba el señor Omar Torres Alfaro para MARVAL S.A.?* dijo que *"No, señor"*

Nótese que lo expuesto por el testigo traído por la parte demandante deja entrever que ellos mismos eran quienes se autorizaban para el ingreso a la obra, y que la actividad que ejecutó el actor, aún en gracia de discusión, si se dijera que debía el empleador tener un mayor control para ingreso a la obra, no conlleva a dar por acreditado la culpa suficientemente comprobada del empleador, dado que el demandante en un actuar propio sin mediar orden o subordinación al respecto, decidió pasar de un apartamento a otro para sacar unas herramientas que ni siquiera iban a ser utilizadas para la ejecución de la labor para la cual fue contratado, ya que el mismo confiesa en el interrogatorio de parte lo siguiente: *¿usted sacó esa herramienta o buscaba sacar esa herramienta era para realizar ese trabajo al que se refiere que no era parte de la obra a cargo del señor Omar Torres?* Respondió *"Sí, mire, si (...) esa yo la iba a prestar a los muchachos, pero nosotros íbamos a laborar en la obra, donde Omar Torres Alfaro"*, es decir, tal aseveración coincide con el dicho del testigo Jaider Torres Suarez en la medida en que entraron a la obra con autorización que ellos mismos se dieron e iban a realizar una actividad a un tercero dueño de un apartamento, con quien el demandado no tenía ningún vínculo contractual, aunado a que la herramienta era para prestarla a otras personas y no para ejecutar una labor derivada del vínculo laboral con el demandado.

Ahora, sostiene la activa que se presenta una concurrencia de culpas en la medida en que de no haberse permitido el ingreso a la obra, el accidente no hubiere acontecido; sin embargo, ello solo resulta ser una suposición que de ninguna manera conlleva a endilgarle responsabilidad subjetiva por culpa probada al empleador, ya que si bien puede existir falencias en el tema del ingreso a la obra, ello no implica necesariamente

que acontezca un accidente de trabajo, y mucho menos si se tiene en cuenta que la labor desarrollada por el actor debía ser al interior de los apartamentos pero nunca por las fachadas o que debiera necesariamente transitar de una ventana a otra en ejercicio de sus funciones, pues lo que refulge en el plenario es un actuar propio del actor en procura de tener acceso a unas herramientas que estaban en otro apartamento con llave, las cuales iban a ser prestadas a terceras personas para ejecutar una labor en un apartamento que ya no estaba a cargo de MARVAL ni de los demandados Omar Torres Alfaro y Torres Alfaro Acabados S.A.S..

Lo anterior, hace palmaria la falta de responsabilidad a título de culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo, que sufrió el demandante.

**(iii) Nexa causal.** Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL14420-2014, adocina lo siguiente:

*"La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, además de ser un elemento sine qua non de la responsabilidad plena y ordinaria de perjuicios del empleador, es una pauta de justicia, en la medida que, nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él. De allí que la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, y el caso fortuito y la fuerza mayor (denominados por la doctrina causas ajenas), sean considerados en el derecho común como eximentes de responsabilidad, en tanto que, con su establecimiento, el nexa causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa".*

De lo expuesto en el acápite anterior, logra establecerse que en el presente asunto se configura la culpa exclusiva de la víctima, dado que el actor en un acto propio, sin mediar la aquiescencia del empleador, ni subordinación, decidió pasarse a través de la ventana de un apartamento a otro para sacar unas herramientas y prestárselas a terceras personas, con el fin de desarrollar o ejecutar una actividad por fuera de sus labores respecto a su empleador, lo que rompe ese nexa causal que pudiese existir entre la culpa patronal y el daño, esto es, que no puede endilgársele al empleador que la PCL del 36.03 % haya sido como consecuencia de la culpa suficientemente comprobada por parte del empleador.

Colofón de lo expuesto, habrá de impartirse confirmación a la decisión de instancia en lo que refiere a la culpa patronal e imposición de indemnizaciones a cargo del demandado, modificando solo lo relativo a la configuración de la sustitución patronal, conforme lo atrás dicho.

### **Costas**

En segunda instancia no se impondrá costas, dada la prosperidad parcial del recurso de alzada propuesto por la parte demandante, pese a que no le prosperó la alzada a la parte demandada. Las de primera instancia se deben modificar, dado que se incluye a Torres Alfaro Acabados SAS como obligada a cumplir las condenas en virtud de la sustitución patronal. Tásense.

### **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: MODIFICAR** PARCIALMENTE los NUMERALES PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la sentencia proferida el 13 de diciembre del 2021, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán de la siguiente manera:

**"PRIMERO:** DECLARAR que entre el demandante DUGAR ZAMBRANO LÓPEZ y el demandado OMAR TORRES ALFARO, respecto de quien operó la sustitución patronal con TORRES ALFARO ACABADOS SAS, existió una relación laboral iniciada el 8 de enero de 2008 la cual terminó el 30 de noviembre de 2017. (...)

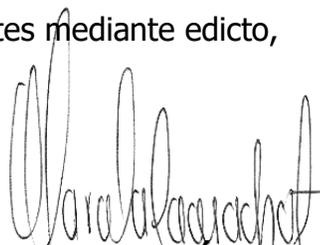
**SEGUNDO:** CONDENAR a TORRES ALFARO ACABADOS SAS y solidariamente a OMAR TORRES ALFARO, a reconocer y pagar al demandante DUGAR ZAMBRANO LÓPEZ, las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos: (...)

**TERCERO:** absolver a las demandadas TORRES ALFARO ACABADOS S.A.S y MARVAL S.A de las demás pretensiones incoadas en su contra, por los demandantes.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. De las de primera, se deben modificar. Tásense.

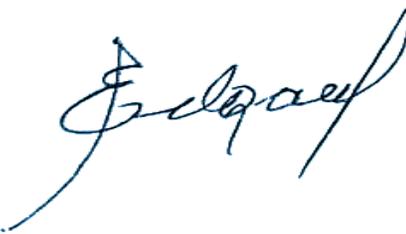
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
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:** *AURA PATRICIA SANABRIA GUEVARA*  
**DEMANDADO:** *COLPENSIONES y PORVENIR S.A.*  
**RADICACIÓN:** *11001-31-05-026-2020-00004-01*  
**ASUNTO:** *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*  
**TEMA:** *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

### **AUTO**

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

### **SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES**

**1. Demanda.** AURA PATRICIA SANABRIA GUEVARA, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado efectuado al RAIS, y como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a recibir y afiliar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida, y a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, la rentabilidad e intereses generados, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que desde el 16 de junio de 1980 venía cotizando al otrora ISS, hoy Colpensiones; que se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 01 de julio de 1999; que la AFP del RAIS no le suministró la información integral, necesaria y completa respecto a las consecuencias del traslado de régimen pensional; que solicitó el 25 de abril de 2019 una proyección de su mesada pensional ante Porvenir S.A.; que en el RAIS obtendría una pensión a los 59 años de \$2.184.200, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida, ascendería a \$4.853.000; que intentó trasladarse a COLPENSIONES el 12 de junio de 2019, pero le fue negado el traslado en esa misma fecha. (folios. 2 a 41 archivo No 01)

**2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.** Fue notificada en debida forma (Fol. 128 a 129 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

### **3. Contestaciones**

**3.1 COLPENSIONES.** Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado se efectuó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen; que el traslado es válido, razón por la cual el vicio en el consentimiento debe probarse por la parte demandante; que la actora se encuentra en la prohibición

legal del traslado conforme lo establece el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos (Folios. 131 a 141 expediente digital).

**3.2 AFP PORVENIR S.A.** Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la vinculación de la demandante con Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A., en el año 1999 fue un producto de su voluntad y de su decisión libre, informada y espontánea; que no es procedente solicitar la declaración de la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento de conformidad con los artículos 1504 y S.S. del CC; que se le brindó la asesoría pertinente para que la decisión fuera libre, voluntaria e informada; que se encuentra en la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que no procede la condena de devolución de los gastos de administración pues de conformidad con el artículo 20 de la ley 100 de 1993 también se descuentan en el RPM; que la permanencia de la demandante en el RAIS sin manifestación de inconformidad lleva a concluir el interés de continuar en el régimen privado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la genérica (fols. 194 a 240 Expediente Digital- archivo No 001)

**4. Fallo de Primera Instancia.** Terminó la instancia con sentencia del 01 de marzo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, y rendimientos financieros, sin descontar valor alguno por cuotas de administración; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PORVENIR S.A.

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, junto con lo expuesto en la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292 para que la afiliación se entienda como libre y voluntaria, deberá ser analizado si la entidad proporcionó al afiliado la información de los riesgos del traslado de régimen y los beneficios, es decir, verificar el cumplimiento del deber de información, para que el afiliado pueda tomar una decisión libre e informada; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de PORVENIR S.A. que se hayan indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el año de la afiliación; que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma, en el interrogatorio de parte manifestó que a la hora de la suscripción no le dieron una explicación mínima del funcionamiento de los fondos privado, es por ello que no se logra acreditar la debida información que se exige por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que se devuelvan las cotizaciones, rendimiento, y cuotas de administración a COLPENSIONES.

Que no opera la prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

Finalmente, solo condenó en costas a PORVENIR S.A. (Folios. 1 a 3 archivo No 4 con audiencia virtual)

**5. Impugnación y límites del ad quem.** La decisión fue recurrida por PORVENIR S.A., quien solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado, ya que se fundó en lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, norma que hace

relación a la ineficacia de la afiliación cuando se impide o atenta contra la afiliación del trabajador, lo que supone un dolo, pero ello no se encuentra probado dentro del proceso; que la AFP sí cumplió con la información para el año 1999, manifestándole las características de cada uno de los regímenes pensionales y la demandante haciendo uso de la libertad de escogencia selecciona a la AFP demandada; que el traslado cumplió con lo establecido en el artículo 112 de la ley 100 de 1993, esto es, con la suscripción del formulario; que la AFP no tiene una prueba adicional al formulario de afiliación; que si bien la Corte ha indicado que el formulario de afiliación por sí solo no da certeza de la información entregada, debe tenerse en cuenta el hecho de que la demandante haya permitido los descuentos con destino al fondo privado durante más de 20 años, lapso que no ha presentado queja o reclamo por falta de información; que la juez no indica cual es la prueba que se les exige a las administradoras y en que norma se encuentra soportada; que la demandante es una consumidora financiera y quedó evidenciado que en ningún momento se preocupó por su futuro pensional; que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de conformidad con la sentencia C1024 de 2004; que la demandante se excusa en una supuesta falta de información únicamente por que su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones; que de conformidad con el inciso 2° del artículo 20 de la ley 100 de 1993 los descuentos por gastos de administración también se realizan en el régimen de prima media con prestación definida, además que tal concepto no forma parte integral de la pensión de vejez y por ello es prescriptible; que los gastos de administración son dineros permitidos por la ley y conforme el concepto de la Superintendencia Financiera, lo único que se debe trasladar son los aportes con los rendimientos; que los seguros previsionales fueron girados a la aseguradora y cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; que la devolución de los gastos de administración generan un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, ya que en ningún momento hizo administración de los aportes.

## **6. Alegatos de conclusión:**

**6.1 COLPENSIONES.:** Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

**6.2 PORVENIR S.A.:** Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

**6.3 DEMANDANTE.:** Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia.** El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. 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 favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

**2. Problema jurídico.** 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 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) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

**3. 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 SL2208 del 26 de mayo de 2021.

**4. Afiliación, cotización y traslado.** Se encuentra demostrado que la señora Aura Patricia Sanabria Guevara se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 16 de junio de 1980 hasta el 30 de junio de 1999 conforme aparece en la historia expedido por COLPENSIONES (Fols. 42 a 45 archivo No 01); que se trasladó de régimen a COLPATRIA, hoy AFP PORVENIR S.A. el 26 de mayo de 1999, según formulario de afiliación núm. 0250778; donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

(Fols. 263 a 300 archivo No 01)

**5. 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 SL1897-2019, 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-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 26 de mayo de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 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 (...)".*

Por tanto, la AFP demandada estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las demandadas 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora

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 propuesto por PORVENIR S.A..

Finalmente, debe acotar la Sala 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.

**6. 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.

**7. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su sostenibilidad financiera, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a Colpensiones, declaración que 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-).

**8. 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 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de los conceptos de sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: "*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*", por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

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

**9. 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.

**10. Costas en esta instancia.** En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Porvenir S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

## DECISIÓN

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

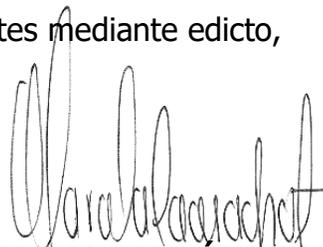
## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 01 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en la AFP), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, las **sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



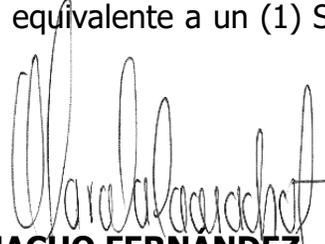
**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**  
Magistrado



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

**AUTO PONENTE**

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



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada