

**República de Colombia**



**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	<b>110013105027201900071-01</b>
<b>CLASE DE ROCESO</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ANA LEONOR RINCÓN MOLINA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>LELIO HERNANDO MARTÍNEZ AGUILERA</b>

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:  
ANTECEDENTES**

Pretende la señora **Ana Leonor Rincón Molina** se **declare** la existencia de una relación laboral a través de un contrato a término indefinido, desde el 1 de diciembre de 2001 hasta el 31 de julio de 2018.

Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la demandada a los aportes a seguridad social, al pago de auxilio de transporte, prima de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones y dotación de toda la relación laboral; se **condene** al pago de salarios correspondientes a los meses de mayo a julio 31 de 2018; se **condene** a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización por el no pago de prestaciones sociales y a la indemnización por no consignación a las cesantías; se **condene** al pago de intereses de mora conforme al artículo 884 del Código de Comercio, al interés bancario corriente, a la indexación y al pago de costas, y agencias en derecho (f° 7 a 11).

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f°. 4 a 7), señaló en síntesis, que fue contratada por el señor Lelio Hernando Martínez el 2 de diciembre de 2001, para desempeñarse en el cargo de secretaria con funciones de auxiliar contable, por medio tiempo hasta el 1 de enero de 2003; que el salario devengado en dicho periodo

correspondió a la suma de \$143.000 que concernía a medio salario mínimo legal mensual vigente.

Relató que, posteriormente la jornada laborar cambio a tiempo completo devengado como salario mínimo legal mensual vigente sin reconocimiento de auxilio de transporte; que solo fue hasta el año 2011, que se suscribió contrato de trabajo y fue afiliada al sistema de seguridad social, pero no se pagaron las demás prestaciones sociales que le correspondían.

Acotó que, debido a la ausencia de pago de sus derechos laborales como prestaciones y salario de los meses de abril, mayo y junio de 2018, se vio en la necesidad de renunciar.

### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

A través de auto del 18 de noviembre de 2019, el Juez de primera instancia designó curadora ad litem para la representación del demandado LELIO HERNANDO MARTÍNEZ AGUILERA con su correspondiente emplazamiento (f°117), en el término de traslado la curadora ad litem designada dio contestación señalando no constarle ninguno de los hechos de la demanda.

Propuso como excepciones de fondo, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa para pedir, buena fe, pago y compensación e innominada o genérica (f° 124 a 126).

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de junio de 2021 (f° 135 – CD f° 134), resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora ANA LEONOR RINCÓN MOLINA y el señor LELIO HERNANDO MARTÍNEZ AGUILAR existió un contrato de trabajo entre el 1° de diciembre de 2001 al 1° de enero de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** al señor LELIO HERNANDO MARTÍNEZ AGUILAR a pagar a la señora ANA LEONOR RINCÓN MOLINA, las sumas correspondientes a los siguientes conceptos:

• AUXILIO DE TRANSPORTE	<b>\$1.876.040,37</b>
• CESANTÍAS	<b>\$6.401.386,87</b>
• INTERESES A LAS CESANTÍAS	<b>\$267.884,21</b>
• PRIMA DE SERVICIOS	<b>\$1.682.242,54</b>
• VACACIONES	<b>\$2.551.057,34</b>
• SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS	
<b>\$16.623.038</b>	

• **INDEMNIZACIÓN MORATORIA** se condena a la demandada a pagar la suma de \$26.041 diarios a partir del 2 de enero de 2018 y hasta que se haga efectivo el pago de prestaciones sociales adeudados.

*Es necesario precisar que la indexación que sea condena sobre las vacaciones se debe pagar indexado desde el 02/01/2018 hasta el momento en que se haga efectivo el pago conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**TERCERO: CONDENAR** al demandado LELIO HERNANDO MARTÍNEZ AGUILAR a pagar a COLPENSIONES en favor de la demandante ANA LEONOR RINCÓN MOLINA los aportes a pensión dejados de cancelar desde el 2 de diciembre del 2001 al 28 de febrero de 2011, previo cálculo actuarial elaborado por COLPENSIONES teniendo en cuenta que para ese periodo no se encontraba afiliado a pensión por parte de su empleador.

*Igualmente, se condena al demandado a cancelar los ciclos de septiembre del 2015 al 1° de enero de 2018 y 6 días del ciclo de marzo de 2011 los cuales no pagó después de haber afiliado a su trabajadora con los correspondientes intereses moratorios a COLPENSIONES en favor de la actora. Conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

**CUARTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** en relación a las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 23 de enero de 2016.

*Salvo cesantías y los aportes a seguridad social frente a los cuales se declara no probada la excepción de prescripción.*

*Y salvo la compensación de vacaciones la cual se declara probada parcialmente en relación a las exigibles antes del 23 de enero del 2015, conforme a lo aquí expuesto.*

*Se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por el demandado.*

**SEXTO: CONDENAR** al demandado en la suma de \$1.500.000 como agencias en derecho a favor de la demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esa providencia.

**Para fundamentar su decisión,** estableció que en el presente asunto se encontraba demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes como quiera que se había aportado al expediente el contrato individual de trabajo a término indefinido y en el cual se observaba que la señora Ana Leonor Rincón había sido contratada para desempeñarse en el cargo de secretaria auxiliar contable.

Agregó que, se había aportado historia laboral de la demandante expedida por Colpensiones donde se observaba que el demandado Martínez Aguilera había hecho aportes como empleador, también se encontraban comprobantes de pago de planilla. Además, de las anteriores probanzas se había llamado a declarar al señor Jaime Prado quien había tenido relación estrecha con las partes y con quien se podía corroborar los hechos de la demanda.

Paso seguido, la Juez hizo referencia a la sentencia CSJ SL905-2013, aduciendo que la misma se indica que cuando no se conoce con exactitud los extremos temporales, se puede dar por establecidos en forma aproximada; que en el caso bajo análisis se pretendía la existencia de una relación laboral entre el 1° de diciembre del 2001 al 31 de

Julio de 2018, extremo inicial que no se encontraba probado, toda vez que el contrato de trabajo celebrado por las partes refería que la señora Ana Leonor había comenzado a laborar para el señor Lelio Hernando Martínez el 2 de diciembre de 2001, por lo que tendría como extremo inicial ese. En cuanto al extremo final, indicó que la única prueba que se tenía era el testimonio del señor Jaime Prado quien señaló que la había visto laborando a la actora hasta el año 2018, por lo que en razón a la sentencia previamente citada tendría como extremo final el 1° de enero en 2018.

Posteriormente, se pronunció frente a la excepción de prescripción, arguyendo que teniendo en cuenta que se declaraba la existencia del contrato de trabajo entre 02/12/2001 y el 01/01/2018, y que no se había presentado reclamación ante el demandado, la prescripción solo se había interrumpido con la radicación de la demanda el 23/01/2019, de manera que, conforme al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo las acciones laborales prescriben en 3 años, bajo tal entendido se declaraba probada parcialmente la excepción de prescripción en relación a las acreencias laborales exigibles con anterioridad al 23/01/2016, salvo para las cesantías, cuyo término se contaba desde de la finalización del contrato y salvo para la compensación de vacaciones.

Frente a este último concepto, es decir la compensación de vacaciones se debía declarar parcialmente la excepción de prescripción antes del 23/01/2015, en razón a que el empleador contaba con 1 año para concederlas, conforme lo establece el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, citando como referencia la sentencia CSJ SL 2149-2020.

A su turno, procedió la sentenciadora a pronunciarse sobre las condenas, en cuanto al auxilio de cesantías, sostuvo que al haberse demostrado que la actora había laborado medio tiempo desde el comienzo de la relación laboral y después del 1 de marzo de 2011 tiempo completo, el valor de las cesantías correspondía la suma de \$6.401.386,87.

Precisó que, dada la respuesta del Fondo Nacional del Ahorro al oficio decretado por el Juzgado, se evidenciaba que la demandante había retirado una suma por concepto de cesantías; sin embargo, no aparecía que el empleador a pesar de haberla afiliado hubiera realizado alguna consignación por ese concepto, por tanto, no se encontraba demostrado el pago de dicha creencia, razón por lo cual reconocía en su totalidad el valor de las cesantías.

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, sostuvo que, si bien la demandante había dicho en la demanda inaugural que renunció a su cargo por el incumplimiento del empleador, lo cierto era que no existía ninguna prueba que

corroborara tal afirmación, por tanto, no era posible condenar al pago de la indemnización solicitada.

En cuanto a la indemnización moratoria y sanción por no consignación a las cesantías, procedió analizar si el empleador había actuado de buena fe, considerando que tal comportamiento se encontraba ausente en el presente caso, teniendo en cuenta que del material probatorio recaudado se advertía que el demandado tenía pleno conocimiento de sus obligaciones conforme el contrato laboral suscrito entre las partes; sin embargo, no había pagado las acreencias laborales a las cuales tenía derecho la actora, sin que obrara alguna justificación para ello.

En cuanto a su liquidación dispuso que de acuerdo a la sanción por no consignación de cesantías de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador que no consignará las cesantías al 15 de febrero del año siguiente debía pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo; por lo que hechas las operaciones aritméticas encontraba que adeuda la suma de \$16.623.038.

En relación a la indemnización moratoria, recalcó que como quiera que el contrato de trabajo había finalizado el 01/01/2018; que el salario de la actora había correspondido a un salario mínimo legal mensual vigente se condenaba al demandado a pagar la suma de \$26.041 pesos diarios a partir del 02/01/2018, y hasta que se hiciera efectivo el pago de salarios y prestaciones sociales adeudados.

En lo concerniente a la indexación la Juez citó la sentencia CSJSL 3230-2020, estableciendo que la misma es incompatible con la indemnización moratoria, por lo que únicamente se ordenaba dicha prebenda en lo que se adeuda por concepto de vacaciones.

Respecto de los aportes de seguridad social, enfatizó la sentenciadora de primera instancia que el empleador solo afilió a la demandante a seguridad social en pensiones para el ciclo de marzo del 2011, como daba cuenta la historia laboral expedida por Colpensiones y los aportes comprobantes de pago de planilla, procediendo a condenar al accionado a los aportes a pensión dejados de cancelar desde el 02/12/2001 al 28/02/2011, respecto de los ciclos septiembre de 2015 al 1 de enero de 2018 y 6 días del mes de marzo de 2011, condenó al pago de intereses moratorios a Colpensiones.

Advirtió que, para el correspondiente cálculo actuarial debía tenerse como salario para el periodo 02/12/2001 al 28/02/2011, medio salario mínimo legal vigente y a partir del 01/03/2011 en adelante, sobre el salario mínimo legal vigente.

## RECURSO DE APELACIÓN

**ANA LEONOR RINCÓN MOLINA** a través de apoderado judicial interpuso recurso de apelación, manifestando su inconformidad respecto a la condena a la indexación, al considerar que no se tuvo en cuenta lo solicitado en la demanda; que si bien la Juez había hecho referencia a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia estableciendo que solo había lugar a la indexación con relación a las vacaciones, no compartía tal argumento.

Manifestó también su inconformidad respecto de cómo se aplicó la prescripción de las vacaciones, arguyendo que existen sentencias de la Corte que en la práctica establece que la prescripción de vacaciones empezaría a correr a partir del año quinto. Igualmente, refirió que no se encontraba de acuerdo con la negación a la indemnización por despido sin justa causa, toda vez que si bien era cierto que no se había expuesto de manera concreta por parte del testigo la situación que dio lugar al despido y que la demandante hubiese presentado un escrito manifestando los motivos de su renuncia, debía considerarse que había quedado probado en el expediente que el demandado incumplió con los pagos de las obligaciones laborales, lo cual desde el punto de vista de las reglas de la sana crítica, de la experiencia y de la lógica, se acreditaba la causal para dar por terminado el contrato bajo lo que se denomina despido indirecto o la renuncia motivada.

El demandado **LELIO HERNANDO MARTÍNEZ AGUILERA** por medio de curador ad litem, también interpuso recurso de apelación solicitando sean revisadas las condenas impuestas frente a los intereses moratorios, así como a las cesantías, los intereses a las cesantías, las vacaciones y las primas de servicios.

Igualmente, solicita se tenga en cuenta los pagos efectuados por el empleador relacionados en los recibos de seguridad social, así como los pagos que se realizaron al Fondo nacional del ahorro de cesantías.

## CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por los apelantes.

### Problema jurídico

De conformidad con el recurso de alzada corresponde esta Sala decisión establecer: *i)* si debe condenarse a la indexación monetaria de todas las sumas de dinero objeto de condena; *ii)* si el término de prescripción de la compensación de vacaciones establecida por la Juez se encuentra ajustada a derecho; *iii)* si hay lugar a condenar a la indemnización por despido sin justa causa; *iv)* si procede la verificación de la liquidación de las condenas por parte del *ad quem*; *v)* por último, verificar si la decisión de primera instancia tuvo en cuenta los pagos efectuados al sistema de seguridad social y al fondo nacional del ahorro que se encuentra soportados en el expediente.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora suscribió un contrato laboral a término indefinido con el señor Lelio Hernando Martínez Aguilera el 2 de diciembre de 2001, para desempeñarse en el cargo de secretaria auxiliar contable (f°29-30); *ii)* que el extremo final de la relación laboral es el 1° de enero de 2018; *iii)* que el salario devengado del 2 de diciembre de 2001 al 28 de febrero de 2011, correspondió a medio salario mínimo legal mensual vigente y que a partir del 1° de marzo de 2011, hasta el 1 de enero de 2018, fue de un salario mínimo legal mensual vigente.

### **i) indexación**

Aduce el apelante, que dicho rubro debió condenarse de la manera como fue solicitada en la demanda y no como lo definió la sentenciadora de primera instancia, verificada la demandan inaugural, se tiene que allí se solicita la indexación sobre todas las condenas impuestas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la indexación es ajustar los valores adeudados teniendo en cuenta la desvalorización de la moneda, es decir, traer a valor presente una suma de dinero y aplica para aquellos casos en los que la legislación laboral no tenga contemplado ningún beneficio que contribuya a esta pérdida del poder adquisitivo de la moneda respecto al monto objeto de condena.

Es así como resulta incompatible que sobre un mismo valor se ordene la imposición de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST y la indexación, pues se estaría sancionando al empleador dos veces por la no cancelación de una misma acreencia. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia CSJ SL16925-2014, dijo:

#### **1. Incompatibilidad entre la indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. y la indexación**

*No se equivoca el Tribunal al considerar que la sanción moratoria es incompatible con la indexación de los salarios y prestaciones sociales adeudados a la terminación del*

*contrato de trabajo, ya que, como en múltiples oportunidades lo ha asentado esta Corte, «no es procedente que se imponga en forma simultánea la susodicha carga indemnizatoria, y a la vez, la corrección monetaria de esos mismos valores, por cuanto ello equivaldría a una doblen sanción» (CSJ SL, 13 abr. 2010, rad. 35550, reiterada en CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 36216).*

De manera que, resulta justificable que el *a quo* no haya impuesto la aludida indexación frente a todos los valores condenados y solo se hubiera ordenado respecto de las vacaciones, ello debido a que las vacaciones no tienen naturaleza salarial ni prestacional, por tanto, no son causa de la indemnización moratoria, como lo sostuvo la Corte en sentencia CSJ SL3629-2021, en la que acotó:

*ii) O cuando solicita que se debe considerar la mala fe del empleador, muy a pesar de que el Tribunal lo exoneró por una razón distinta --- y sin referirse jamás a su buena o mala fe ---, esto es, que no se demostró que adeudase salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, puesto que la condena que tuvo prosperidad es la relacionada con la reliquidación de las vacaciones, argumento, por demás, **que se encuentra en línea con el criterio de la Corte, pues bien sabido es que las aludidas vacaciones no tienen naturaleza salarial ni prestacional, por tanto, no son causa de la indemnización moratoria** (subrayado y negrilla fuera del texto original), conforme a lo preceptuado en el artículo 65 del CST. Sobre este particular, la Corte en sentencia CSJ SL467-2019, consideró:*

*En este punto le asiste razón a la recurrente dado que a la luz del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo la sanción moratoria consistente en el pago de intereses moratorios a partir del mes 25, se calcula «sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero», excluyendo, por tanto, las vacaciones compensadas. Al respecto, en sentencia CSJ SL 33082, 2 jun. 2009, la Sala adoctrinó que las vacaciones compensadas tienen una naturaleza indemnizatoria:*

**Y en cuanto a la condena por vacaciones, el replicante asevera que, en estricto sentido, no son salario, prestación social ni indemnización y con ello le asiste razón, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, al considerar que no retribuyen el servicio y no están comprendidas dentro de las prestaciones especiales comprendidas en los capítulos VIII y IX del Código Sustantivo del Trabajo [...]** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Por consiguiente, no hay lugar a modificar la decisión de primer grado en relación a este aspecto.

## **ii) Excepción prescripción vacaciones**

Manifiesta su inconformidad el recurrente en cómo la Juez contabilizó el término prescriptivo de las vacaciones, sosteniendo que existen sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que en la práctica establece que la prescripción de vacaciones empezaría a correr a partir del año quinto.

De acuerdo a lo anterior, la Sala se remite a lo dispuesto en el artículo 187 del CST, que establece:

### **ARTÍCULO 187. ÉPOCA DE VACACIONES.**

1. *La época de vacaciones debe ser señalada por el {empleador} a más tardar dentro del año subsiguiente, y ellas deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador, sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso.*

[...]

Bajo lo dispuesto en la norma en cita, se tiene que las vacaciones, inician al finalizar el período de un año, contado a partir de que el empleador fija la época de su disfrute, es decir, que el término de prescripción se amplía en un año y, por esa razón se encuentran afectadas las causadas y que se hicieron exigibles antes del 23 de enero de 2015, tal como lo dispuso la *a quo*.

Sobre el tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL467-2017, señaló:

*Hay que tener de presente que por regla general el término de prescripción de los derechos laborales es de tres años contados desde su exigibilidad, a menos que existan normas especiales que establezcan un lapso prescriptivo distinto. Al respecto, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo señala:*

**ARTÍCULO 488. REGLA GENERAL.** *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*

*En materia de vacaciones, al no existir regla especial, la prescripción se rige por la regla general de 3 años, contados a partir de la exigibilidad de este derecho.*

*Ahora bien, de acuerdo con el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo, una vez causadas las vacaciones, corre un periodo de gracia de un año durante el cual el empleador debe señalar su época de disfrute «de oficio o a petición del trabajador»; lo que significa que al finalizar dicho lapso el derecho es exigible. Por ejemplo, frente a un trabajador que ingresa a laborar el 2 de mayo de 2019 y cumple el año de servicios el 1.º de mayo de 2020, el empleador tiene desde el 2 de mayo de 2020 hasta el 1.º de mayo de 2021 para programar la fecha del descanso, si no lo hace, el trabajador puede exigirlos desde el 2 de mayo de 2021 hasta el 1.º de mayo de 2024.*

De manera que, no le asiste razón al recurrente respecto de que el término de prescripción debe ampliarse a partir del año quinto, pues no existe sustento legal ni jurisprudencia por el cual deba determinarse de esa manera.

### **iii) Indemnización por despido sin justa causa – despido indirecto**

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, corresponde al trabajador probar el despido y al empleador la justa causa para darlo por terminado y en tratándose de renuncia del trabajador por causa imputable al empleador, corresponde aquel demostrar las causas que motivaron su desvinculación.

Asimismo, el párrafo del artículo 62 y el artículo 66 ambos del CST, establecen que la parte que termina el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento de

la extinción del vínculo, la causal o motivo de esa determinación sin que con posterioridad puedan alegarse motivos o causales distintas.

En lo que atañe al despido indirecto la Corte en sentencia CSJ SL4691-2018, expuso:

*En punto del debate, debe rememorarse lo sostenido por esta Sala en la sentencia CSJ SL13681-2016, reiterada recientemente en la CSJ SL3288-2018, en donde puntualizó:*

*Primeramente cabe recordar, que dentro de los modos de fenecimiento de la relación laboral, encontramos la decisión unilateral del empleador o del trabajador, bien con justa causa o sin justedad alguna. Si el empleador invoca una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual, le corresponde acreditarla ante el juez del trabajo, y si no logra probarla se entiende que el convenio terminó sin justa causa, con las consecuencias que la ley determina, esto es, «lo constituyen en el único responsable de los perjuicios que la terminación contractual cause al trabajador, como verdadero promotor de ese rompimiento» (sentencia CSJ SL, 31 may. 1960, G.J. pág.1125). Pero si es el trabajador quien finaliza el nexo laboral invocando incumplimiento de las obligaciones del empleador, a éste le atañe demostrar ante el juez laboral que realmente ocurrieron los hechos que motivaron la cesación del vínculo, y si en efecto los acredita, el empleador debe asumir las consecuencias pertinentes, en cambio, si el trabajador no logra probar tal incumplimiento necesaria y rigurosamente la consecuencia es que el contrato de trabajo terminó por parte del trabajador sin justa causa, vale decir, equiparable jurídicamente a una simple dimisión del trabajador, a una dejación espontánea y libre.*

*Ha dicho la Corte que quien dimite de un empleo tiene pleno derecho para redactar a su albedrío la comunicación correspondiente. También tiene adoctrinado que la carta de terminación debe contener las razones o motivos aducidos por el empleador o trabajador para dar por terminado el contrato de trabajo, pero eso no significa, que los hechos en ella relatados hayan ocurrido de esa manera y en esas circunstancias. Entonces, el escrito prueba la terminación unilateral del contrato de trabajo, pero no la justificación del mismo y es el juez, por el sendero procesal, el que determina si los supuestos fácticos, en que se funda la decisión, constituyen o no justa causa.* (Subrayado fuera del texto original).

Del acervo probatorio arrojado al expediente, no se evidencia que el trabajador haya presentado ante el empleador carta de renuncia justificando que los motivos que conllevaron a su decisión lo fueron por el incumplimiento en el pago de las acreencias laborales y demás derechos laborales, carga probatoria que le correspondía demostrar de acuerdo a lo dispuesto en el 167 CGP, y como bien lo explica la sentencia previamente citada.

Ahora bien, arguye el apelante que si bien no se dijo de manera concreta por parte del testigo la situación que dio lugar a la terminación del contrato, ni la existencia del escrito dentro el plenario manifestando los motivos de su renuncia, debía considerarse por parte del Juez que había quedó probado que el demandado incumplió con los pagos de las obligaciones, razón más que suficiente para reconocer la indemnización solicitada.

Para poder dar respuesta a este cuestionamiento, preciso resulta traer como referencia la sentencia CSJ SL417-2021, en la que la Corte consideró:

*Bajo este contexto, la Sala considera que si bien es cierto, como lo afirma la censura, el demandado confesó en el interrogatorio de parte que no pagó algunos salarios al actor en el último periodo (f.º 64 a 69 y Cd. 3), y ello no fue tenido en cuenta por el Tribunal, tal omisión no tiene la entidad suficiente para casar la sentencia impugnada, **pues no desvirtúa el verdadero soporte relativo a la ausencia de prueba en cuanto a que el demandante dio por terminado el contrato de trabajo con base en tal incumplimiento y que esto fue comunicado al empleador de manera clara al momento de la finalización unilateral del vínculo laboral.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

***Así, la omisión del ad quem respecto de la confesión del demandado es inane porque la censura no acreditó que el hecho del despido y que las razones de incumplimiento salarial fueron comunicadas al empleador al momento de la terminación del contrato por parte del trabajador, a fin de desvirtuar el fundamento de la decisión para absolver de la indemnización por despido sin justa causa y la pensión sanción.** (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Así las cosas, si bien no existe duda que el empleador incumplió con el pago oportuno de acreencias laborales y prestaciones sociales del trabajador, para hacerse acreedor de la indemnización solicitada debía necesariamente existir un soporte que diera certeza que tal incumplimiento fue comunicado al accionado al momento del finiquito contractual; por lo tanto, al carecer de dicha probanza no habrá más lugar que confirmar lo decidido por el fallador de primer grado.

## **RECURSO INTERPUESTO POR LA PARTE DEMANDADA**

### **verificación liquidación condenas primera instancia**

A la luz de lo dispuesto en el 66 A del CPTSS modificando por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, el cual consagra el principio de consonancia «*la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*».

Bajo tal entendido, la parte recurrente tiene el deber de sustentar de manera clara y concreta los fundamentos de su inconformidad frente a la decisión del Juez de primera instancia ya que sobre tales argumentos el *ad quem* analizará si hay lugar a revocar o no lo decidido, de suerte que, no basta con decirse de manera general y abstracta que se encuentra inconforme con lo decidido como ocurre en el presente caso en que el curador ad litem en representación de la persona natural demandada solicita sean verificadas las condenas impuestas sin especificar de manera concreta y detallada por qué la liquidación del juez se encuentra mal ajustada.

Así lo ha sustentado la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria Laboral como se puede ver en sentencia CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 34215, en la que dijo:

*Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente, no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada.*

En el presente caso, se observa que el recurso interpuesto por la parte demandada a través de curador ad-litem, no fue muy concreto y específico en sus fundamentos, puesto que los mismos son muy genéricos; sin embargo, del escrito que contiene la alzada logra entender la Sala que su inconformidad radica en las liquidaciones de las condenas impuestas en la decisión de primer grado; por lo tanto, se procederá a revisar las mismas de acuerdo a los parámetros señalados por el Juez, esto es, los extremos laborales, salario y prescripción, aspectos que no fueron controvertidos.

En este orden, una vez efectuadas las operaciones aritméticas de las prestaciones sobre las que se impuso condena, se obtuvo lo siguiente:

Tabla del Auxilio de Transporte					
Año	Desde	Hasta	Valor Subsidio Transporte	No. Pagos por año	Valor del Subsidio anual
2016	23/01/2016	31/12/2016	\$ 77.700,0	11,27	\$ 875.420,0
2017	01/01/2017	31/12/2017	\$ 83.140,0	12	\$ 997.680,0
2018	01/01/2018	01/01/2018	\$ 88.211,0	0,03	\$ 2.940,4
Valor del subsidio de transporte					\$ 1.876.040,4

Tabla de Liquidación de cesantías				
Año	Formula	Valor salario	Días Laborados por	Valor de las Cesantías
2001	Salarios X días laborados 360	\$ 143.000,00	29	\$ 11.519,44
2002	Salarios X días laborados 360	\$ 154.500,00	360	\$ 154.500,00
2003	Salarios X días laborados 360	\$ 166.000,00	360	\$ 166.000,00
2004	Salarios X días laborados 360	\$ 179.000,00	360	\$ 179.000,00
2005	Salarios X días laborados 360	\$ 190.750,00	360	\$ 190.750,00
2006	Salarios X días laborados 360	\$ 204.000,00	360	\$ 204.000,00
2007	Salarios X días laborados 360	\$ 216.850,00	360	\$ 216.850,00
2008	Salarios X días laborados 360	\$ 230.750,00	360	\$ 230.750,00
2009	Salarios X días laborados 360	\$ 248.450,00	360	\$ 248.450,00
2010	Salarios X días laborados 360	\$ 257.500,00	360	\$ 257.500,00
2011	Salarios X días laborados 360	\$ 535.600,00	360	\$ 535.600,00
2012	Salarios X días laborados 360	\$ 566.700,00	360	\$ 566.700,00
2013	Salarios X días laborados 360	\$ 589.500,00	360	\$ 589.500,00
2014	Salarios X días laborados 360	\$ 616.000,00	360	\$ 616.000,00
2015	Salarios X días laborados 360	\$ 644.350,00	360	\$ 644.350,00
2016	Salarios X días laborados 360	\$ 767.155,00	360	\$ 767.155,00
2017	Salarios X días laborados 360	\$ 820.857,00	360	\$ 820.857,00
2018	Salarios X días laborados 360	\$ 869.453,00	1	\$ 2.415,15
Valor de las cesantías				\$ 6.401.896,59

Tabla de Liquidación de Intereses a las cesantías				
Año	Formula	Valor d elas cesantías	Días Laborados por periodo	Valor de las Cesantías
2016	Valor Cesantías X días laborados	\$ 767.155,00	338	\$ 86.432,80
	360			
2017	Valor Cesantías X días laborados	\$ 820.857,00	360	\$ 98.502,84
	360			
2018	Valor Cesantías X días laborados	\$ 2.415,15	1	\$ 0,81
	360			
Valor de los intereses a las cesantías				\$ 184.936,44

Tabla de Liquidación de Prima de Servicios				
Año	Formula	Valor salario	Días Laborados por periodo	Valor de las Prima de Servicios
2016	Salarios X días laborados	\$ 767.155,00	338	\$ 720.273,31
	360			
2017	Salarios X días laborados	\$ 820.857,00	360	\$ 820.857,00
	360			
2018	Salarios X días laborados	\$ 869.453,00	1	\$ 2.415,15
	360			
Valor de los iprima de servicios				\$ 1.543.545,45

Tabla de Liquidación de vacaciones				
Año	Formula	Valor salario	Días Laborados por periodo	Valor de las Vacaciones
2015	Salarios X días laborados	\$ 644.350,00	338	\$ 302.486,53
	720			
2016	Salarios X días laborados	\$ 689.455,00	360	\$ 344.727,50
	720			
2017	Salarios X días laborados	\$ 737.717,00	360	\$ 368.858,50
	720			
2018	Salarios X días laborados	\$ 781.242,00	1	\$ 1.085,06
	720			
Valor de las Vacaciones				\$ 1.017.157,59

tabla de la sanción moratoria art 99 Ley 50 de 1990						
Año de Cesantías	Desde	Hasta	Días mora	Salario Mensual	Salario Diario	Indemnización
2014	23/01/2016	14/02/2016	22	\$ 616.000,00	\$ 20.533,33	\$ 451.733,33
2015	15/02/2016	13/02/2017	360	\$ 644.350,00	\$ 21.478,33	\$ 7.732.200,00
2016	15/02/2017	01/01/2018	316	\$ 767.155,00	\$ 25.571,83	\$ 8.080.699,33
Valor de la indemnización moratoria ar 99 Ley 50 de 1990						\$ 16.264.632,67

Auxilio de Transporte	\$ 1.876.040,4
Valor de las Cesantías	\$ 6.401.896,59
Valor de los intereses a las cesantías	\$ 184.936,44
Valor de las primas	\$ 1.543.545,45
Valor de las vacaciones	\$ 1.017.157,59
Art 99 Ley 50 de 1990	\$ 16.264.632,67
<b>Subtotal adeudado por la relación laboral</b>	<b>\$ 27.288.209,11</b>

De acuerdo a la anterior liquidación, se tiene que existe diferencias respecto de la condena que impuso el juzgado, en los siguientes conceptos: intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y sanción por no consignación a las cesantías, pues la liquidación aquí efectuada arrojó resultados menores a los de primera instancia; de manera que solo por esos conceptos se modificará la sentencia, tal y como aparece en los cuadros que contienen las respectivas liquidaciones.

En lo concerniente a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la falladora la cálculo sobre la suma de \$26.041 diarios a partir del 2 de enero de 2018, suma que se encuentra ajustada a derecho, si se tiene en cuenta que para el año 2018, el SMLMV correspondía a la suma de \$781.242.

Finalmente, respecto de si el juez de primera instancia tuvo en cuenta los pagos efectuados a seguridad social y al Fondo Nacional del Ahorro correspondiente a las cesantías, verificado el expediente se tiene que en efecto a folios 31 a 67 se encuentra planilla de autoliquidación de aportes, y a folio 69 historia laboral expedida por Colpensiones de donde se vislumbra que el empleador aportó a favor de la actora desde

marzo de 2011 a enero de 2018, entendiéndose de dicha documental que el demandado solo adeuda a favor de la demandante los aportes correspondientes al 2 de diciembre de 2001 al 1° de diciembre de 2018.

Escuchada la sentencia del *a quo*, allí se señaló que el accionado había afiliado a Ana Leonor Rincón al sistema de seguridad social en pensiones para el ciclo de marzo del 2011; que los periodos que adeudaba con posterioridad a esa fecha eran periodos en mora; por lo tanto, debía condenarse al demandado a cancelar los ciclos de septiembre de 2015 al 01/01/2018, y 6 días del ciclo de marzo del 2011, con los correspondientes intereses moratorios a Colpensiones a favor de la actora por no haber sido pagados.

No obstante, al revisarse la historia laboral allegada, no evidencia la Sala que los ciclos mencionados por la Juez se hubieren pagado de manera extemporánea a fin de que generara los intereses de mora a los que hace mención; incluso en la casilla cotización sin intereses, los mismos aparecen en 0 y todos los periodos se cotizaron en 30 días; por consiguiente, no hay lugar a condenar los intereses a los que se hace alusión y solo habría lugar a efectuar los aportes a pensión que no se encuentra aportados, es decir, los correspondientes al 2 de diciembre de 2001, al 28 de febrero de 2011.

En lo que respecta a las cesantías, si bien en respuesta al oficio decretado por el *a quo* el Fondo Nacional del Ahorro informó que la señora Rincón Molina presentó movimientos en su cuenta individual de cesantías consolidadas por Martínez Aguilera Lelio Hernando desde el 27 de febrero de 2012, hasta el 16 de octubre de 2016 (CD f° 131 anexos, PDF 27), del reporte que se allega no se evidencia que el empleador haya efectuado consignaciones por concepto de cesantías en cada anualidad, como era su obligación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, tan solo de menciona pago de cesantías a la demandante y consolidación de cesantías, tal como se puede ver en el siguiente pantallazo, lo cual no es suficiente para determinar que el accionado cumplió con su obligación legal, por lo que lo decidido por el sentenciador de primer grado respecto a este ítem se encuentra ajustado a derecho.

FECHA	CONCEPTO	SALDO
10/16/2018	PAGO DE CESANTIAS	\$ 4,569,979
10/10/2016	CONSOLIDACION CESANTIAS	\$ 688,000
07/28/2016	CONSOLIDACION CESANTIAS	\$ 718,350
07/02/2014	CONSOLIDACION CESANTIAS	\$ 660,000
06/28/2013	CONSOLIDACION CESANTIAS	\$ 900,000
02/27/2012	CONSOLIDACION CESANTIAS	\$ 800,000

En consideración a lo expuesto se modificará la decisión de primer grado únicamente en la condena de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación a las cesantías y lo ordenado respecto a los intereses moratorios a Colpensiones, en lo demás se confirmará.

## **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, respecto de las siguientes sumas y conceptos:

- i) Intereses a las cesantías \$184.936,44
- ii) Prima de servicios \$1.543.545,45
- iii) Vacaciones \$1.017.157,59
- iv) Sanción por no consignación a las cesantías \$16.264.632,67

**SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el ordinal tercero de la sentencia apelada, en su lugar **ABSOLVER** al demandado al pago de intereses moratorios a Colpensiones en favor de la demandante de los ciclos septiembre de 2015 al 1 de enero de 2018 y 6 días del ciclo de marzo de 2011.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte actora en la suma de \$580.000.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

RADICADO	110013105027201900807-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADALGIZA ARIAS VÁSQUEZ
DEMANDANDO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **Adalgiza Arias Vásquez** se declare que hubo sustitución pensional a su favor desde el 16 de marzo de 2018 y, por consiguiente, se ordene a Colpensiones pagar, desde la fecha de fallecimiento de su cónyuge el señor Álvaro Calderón Figueroa, las mesadas debidamente indexadas o ajustadas con base al IPC y sus correspondientes intereses moratorios, y se condene en costas a la demandada.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 7- 10 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital), señaló que al señor Álvaro Calderón Figueroa se le reconoció pensión de vejez por parte de Colpensiones a partir del 16 de abril de 1997, que el valor de la mesada pensional incrementó anualmente conforme el salario mínimo legal por lo que, la

última mesada fue de \$781.242 en marzo de 2018, ya que en ese mismo mes, el día 16 falleció.

Agregó que, convivió con el *de cujus* durante 25 años desde 1992 hasta su muerte, que a partir del 2005, se radicaron en Estados Unidos y allí contrajeron matrimonio el 11 de diciembre del 2005; que no tuvieron hijos en común; que al señor Álvaro Calderón se le diagnosticó con demencia vascular con trastorno de conducta, trastorno depresivo tipo Alzheimer y que por causa de esa condición se presentaron episodios de agresividad en su contra por lo que se hizo necesario internar al causante en el Hospital de Rhode Island desde el 9 de agosto de 2017, hasta el 8 de septiembre de 2017; que el 9 de septiembre del mismo año, el señor Álvaro Calderón fue trasladado a Colombia para que sus hijos cuidaran de él pues, su estado de salud, el hecho de estar solos en E.E.U.U y los episodios de agresividad no les permitían convivir sin compañía y cuidar uno del otro. En este punto agregó que ella también tenía desmejoras en su salud debido a una artritis severa que le fue diagnosticada desde el año 2013, un tumor en la pierna izquierda y cataratas, aclarando que su deseo nunca fue separarse o cesar su vida en común, sino más bien con el *«deseo de cumplir la voluntad del causante y aún con la esperanza que su esposo se recuperara de la enfermedad y pudiera viajar a Colombia para estar con él y acompañarlo en sus últimos días»*; que durante todo el tiempo de la enfermedad del señor Álvaro fue ella quien sufragó los gastos de medicinas y hospitalizaciones pues la pensión que él devengaba no era suficiente para esto.

Narró que, a partir de la llegada a Colombia, la salud del señor Calderón desmejoró hasta el punto en que no reconocía a nadie, no podía valerse por sí mismo y presentaba episodios de agresividad y por esa razón, el 10 de octubre tuvo que ser internado en un hogar geriátrico y en adelante, fueron necesarias dos hospitalizaciones de un mes de duración aproximadamente, anotó que ella sufragó los gastos de ahí derivados.

Indicó que, luego del fallecimiento de su cónyuge el 16 de marzo de 2018, elevó la solicitud de pensión de sobreviviente a la demandada Colpensiones el 30 de julio de 2018; que la entidad respondió de manera negativa bajo el argumento de que ella vivía en Estados Unidos y el causante en Colombia.

## POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, contestó la demanda (f.º 99 y siguientes, archivo 1, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó el reconocimiento pensional a favor del causante, el monto de la mesada, la fecha de fallecimiento del señor Álvaro; que contrajeron matrimonio, aunque precisa que el certificado aportado no es suficiente para demostrar la convivencia continua e ininterrumpida, la presentación de la reclamación administrativa y la respuesta negativa otorgada. Sobre los demás manifestó que, no son ciertos o que no le constan, aclarando que son hechos íntimos de la vida de la demandante.

Formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 27 de septiembre de 2021 (archivo 13-14, carpeta 1ª inst, exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR que a la señora ADALGIZA ARIAS VÁSQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 38.961.973, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge el señor ÁLVARO CALDERÓN FIGUEROA, desde el 16 de marzo de 2018, en un porcentaje del 100% de la prestación que venía percibiendo el pensionado, junto con los reajustes de ley.*

*SEGUNDO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a reconocer y pagar a favor de la demandante ADALGIZA ARIAS VÁSQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía N° 38.961.973, la pensión de sobrevivientes derivada del*

*fallecimiento del reseñado causante, en un porcentaje del 100% del beneficio pensional que venía recibiendo el pensionado, incluido el retroactivo causado desde el 16 de marzo de 2018, día en que falleció el pensionado y hasta la fecha efectiva de pago, autorizándose a COLPENSIONES a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al sistema de seguridad social en salud, en consideración a las razones anteriormente expuestas.*

*TERCERO: CONDENAR A LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a pagar a la demandante el retroactivo pensional generado desde el 16 de marzo de 2018, debidamente indexado al momento de su pago.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES.*

*QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a favor de la DEMANDANTE. Fíjese la suma de \$1.200.000 como agencias en derecho a cargo de la demandada.*

El A quo fijó como problema jurídico determinar si a la demandante le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge el señor Álvaro Calderón.

En primer lugar, estableció como hechos sobre los cuales no existía controversia, el reconocimiento pensional del causante y el monto de las mesadas, que el fallecimiento del pensionado fue el 16 de marzo de 2018; que de acuerdo con esto, la norma aplicable era el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003; que exigía, para el caso de cónyuge, 5 años de convivencia continuos con anterioridad al deceso del causante.

A lo anterior, agregó que la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia en pronunciamientos tales como las sentencias SL1399-2018, SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017 y SL1476-2021 ha indicado que cuando se trata de sociedades conyugales con vínculo matrimonial vigente, la convivencia requerida puede ocurrir en cualquier tiempo y no necesariamente deben ser los 5 años previos al deceso.

Dicho lo anterior, descendió al material probatorio obrante en el plenario y a las pruebas procesales, así: de la demanda y el interrogatorio rendido por la accionante resaltó que hubo convivencia desde 1992 y que, en el año 2005, luego de 13 años, la pareja contrajo matrimonio pero que, por cuestiones de salud el señor Álvaro tuvo que regresar a Colombia ya que para ella no era posible cuidarlo dadas las patologías que ambos

padecían. También recalcó que la señora Adalgiza, para probar sus manifestaciones allegó el certificado de matrimonio del 11 de diciembre de 2005, una certificación de fecha 9 de julio de 2019 según la cual, desde el 2014, visitaba un establecimiento médico en Estados Unidos por múltiples enfermedades y que en septiembre del 2017, padeció dolores graves por artritis que le impidieron viajar a Colombia, un historial clínico que demostraba que el 2 de noviembre de 2017, tuvo una cirugía de los ojos, todos estos documentos, debidamente traducidos al español. Indicó que la demandante también probó que el pensionado fallecido viajó el 9 de septiembre de 2017, desde Boston hasta Bogotá y que la historia clínica expedida por la Nueva EPS mencionó una serie de patologías padecidas por aquel como demencia vascular, cuatro infartos cerebrales, encefalopatía multifactorial, ACV multiinfarto y atrofia cortical.

Así mismo hizo referencia al escrito aportado por la demandante con destino a Liliana Calderón, hija del señor Calderón en la que manifestaba las razones por las cuales no podía viajar hacia Colombia con su esposo y en el que le comentaba que en caso de mejoría de ella y del señor Álvaro viajaría a recogerlo. También rememoró la certificación expedida por el hogar geriátrico en el que se hospedó el causante durante sus últimos meses de vida en el que la institución indicó que la señora Adalgiza estuvo comprometida con pagos, vitaminas y lo respectivo a la manutención de su esposo durante su estadía allí.

De igual manera, los testimonios de Rosa Liliana Calderón, Miguel Ángel Calderón, hijos del causante y Zulma Zapata, nieta de la actora, dieron fe de la convivencia y las circunstancias por las cuales la pareja en cuestión se separó durante algunos meses anteriores al fallecimiento del señor Álvaro Calderón y, específicamente, la hija de este, sobre el aporte económico y la atención que la actora tuvo aún en la distancia.

De lo anterior, dedujo que aunque hubo una separación, esta se dio por causas ajenas a la voluntad de la demandante, que ella estuvo pendiente de su esposo y se comprometió a volver por él, por lo que concluyó que los lazos afectivos entre ambos se mantuvieron hasta el último día de vida del señor Calderón Figueroa.

Aunado a esto, indicó que la misma pasiva aceptó la convivencia de la pareja en mención en la Resolución 315423 de 2018, mediante la cual negó el derecho deprecado al argumentar que en la fecha de fallecimiento del pensionado no convivían, desconociendo que como quiera que el vínculo matrimonial de la pareja citada estaba vigente para la fecha del deceso, la convivencia de los 5 años podía ser acreditada en cualquier tiempo y no necesariamente dentro de los 5 años inmediatamente previos al deceso.

Concluyó que, era procedente la condena al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en la misma cuantía que el pensionado fallecido venía recibiendo, con la correspondiente indexación.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, la declaró no probada pues no transcurrió el término previsto en el artículo 151 del CPT y SS entre el fallecimiento y la reclamación. Frente a las demás excepciones igualmente fueron declaradas no probadas.

## RECURSO DE APELACIÓN

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación afirmando que no se acreditó la convivencia en los últimos 5 años de vida del causante pues el mismo fue trasladado a Colombia por su propia decisión, lo que en su concepto *«resulta poco creíble cuando de las pruebas aportadas al plenario, se observa que el causante padecía de demencia y trastorno depresivo tipo Alzheimer por lo que no puede concluirse que una persona en dicho estado de salud pueda decidir libremente»*; consideró que *«la demandante no estuvo con su esposo, en este caso el causante, en el momento en el que éste necesitaba de ella pues, es claro que, simplemente lo envió a Colombia y no se dedicó a él»*. Agrega que, aunque existen pronunciamientos de la Sala Laboral en torno a la posibilidad de que una pareja se separe por motivos de enfermedad, en este caso existen *«bastantes contradicciones»* que dejaban ver que la promotora del proceso no socorrió al causante durante sus últimos años de vida.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Álvaro Calderón Figueroa falleció el 16 de marzo de 2018; *ii)* que el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 005283 de 1997, le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$172.867, para esa data; *iii)* que el causante y la actora contrajeron matrimonio el 11 de diciembre de 2005, en Rhode Island E.E.U.U. donde residían; *iv)* que la pareja no tuvo hijos comunes; v) que la demandante desde el año 2014, es tratada por artritis grave con compromiso de rodilla y tobillo, el 02 de noviembre de 2017, se le realizó extracción de catarata ojo derecho, y fue diagnosticada el 12 de mayo de 2017, con encefalopatía metabólica con dificultad al caminar, no clasificado en otra parte; y que vi) el señor Calderón viajó desde Boston a Bogotá el 09 de septiembre de 2017.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar, si el fallecido Álvaro Calderón Figueroa dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso afirmativo, se analizará si la actora es su beneficiaria, en especial porque a la fecha de su deceso esta vivía en E.E.U.U. y él en Colombia.

## **PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**

Empieza la Sala por referir que tratándose de pensión de sobrevivientes la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 16 de marzo de 2018, es así como, bajo tal entendido la disposición que en principio gobierna tal situación pensional, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que puntualmente establece:

*ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.  
Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:*

**1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Negrilla fuera del texto original)**

(...)

Dado que es un hecho indiscutido que el causante desde la expedición por parte del ISS de la Resolución 005283 de 1997, ostentaba la calidad de pensionado, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, tenemos que el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, respecto de la cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, señaló:

*ARTÍCULO 47. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

*Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*<Aparte subrayado condicionalmente exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;*

(...)

El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que «*además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido*».

Respecto de los requisitos exigidos a la **cónyuge o compañera permanente** la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que, en tratándose de fallecimiento de un pensionado, estas debe acreditar además de dicha calidad, una convivencia real y efectiva con el pensionado de no menos de cinco (5) años ininterrumpidos, para la cónyuge supérstite en cualquier tiempo y para la compañera permanente inmediatamente previos al deceso del causante.

Así se dejó plasmado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2767-2020, en la que se indicó:

*Importa precisar, que el literal b), inciso 3 del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, regula la situación del cónyuge que a pesar de haberse separado de hecho, mantiene su vínculo matrimonial vigente, en cuyo caso, ante el fallecimiento del pensionado, el disfrute del derecho prestacional deberá compartirse entre aquel y la compañera(o) permanente que tenga esa condición para la fecha del óbito, en proporción al tiempo de convivencia, siempre que este no sea inferior a 5 años.*

(...)

**Conviene no olvidar, que a la luz de la disposición recién aludida, quien aspire a la pensión allí consagrada bajo la condición de compañera(o) permanente del pensionado que muere, debe demostrar la convivencia con este por un lapso no menor a 5 años continuos anteriores al deceso** (...). (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Resulta pertinente recordar que, la convivencia real y efectiva que se debe probar corresponde a una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, acompañamiento espiritual, asuntos propios de una vida en pareja con vocación de permanencia (sentencia CSJ SL1399-2018).

Respecto de las parejas que no viven bajo el mismo techo, en la sentencia CSJ SL1399- 2018, reiterada en sentencia SL SL3813-2020 y recientemente en la sentencia SL913-2023, se indicó:

*En similar sentido, la jurisprudencia laboral ha sostenido que la convivencia debe ser evaluada de acuerdo con las peculiaridades de cada caso, dado que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo cual no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.*

*En efecto, en sentencia SL14237-2015, reiterada en SL6519-2017, la Corte reivindicó este criterio en los siguientes términos:*

*Y es que, ciertamente, en sentencia CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, la Corte Suprema trajo a colación varios apartes jurisprudenciales de la noción de convivencia, recalcando que no es el simple hecho de la residencia en una misma casa lo que la configura, sino otras circunstancias que tienen que ver con la continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente que den la plena sensación de que no ha sido la intención de los esposos finalizar por completo su unión matrimonial, sino que por situaciones ajenas a su voluntad que en muchos casos por solidaridad, familiaridad, hermandad y diferentes circunstancias de la vida, muy lejos de pretender una separación o ruptura de la pacífica cohabitación, hacen que, la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar.*

*Igualmente, la Corte, en sentencia CSJ SL, 5 abr. 2005, rad. 22560, señaló que debía entenderse por cónyuges, «a quienes mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia».*

*Y en sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27665, reiteró la anterior orientación, estimando que era razonable «que en circunstancias especiales, como podrían ser motivos de salud, de trabajo, de fuerza mayor, etc., los cónyuges o compañeros no puedan estar permanentemente juntos, bajo el mismo techo; sin que por ello pueda afirmarse que desaparece la comunidad de vida o vocación de convivencia entre ambos, máxime cuando, en el caso que nos ocupa, quedó demostrado que la demandante pasaba la noche cuidando la casa de una de sus hijas, pero en el día permanecía con su compañero».*

*Se trae a colación lo anterior, para precisar y reiterar que la convivencia entre esposos o compañeros permanentes puede verse afectada en la unión física, es decir, por no convivir bajo un mismo techo, por circunstancias que la justifiquen*

*pero que no den a entender que el vínculo matrimonial o de hecho ha finalizado definitivamente.*

Bajo estos presupuestos normativos y jurisprudenciales, entra la Sala a verificar el material probatorio con el fin de determinar si la actora cumple con el requisito de la convivencia con el pensionado, así:

En audiencia celebrada el 18 de agosto de 2021, se escuchó en interrogatorio de parte a la señora **ADALGIZA ARIAS VÁSQUEZ**, quien informó que es pensionada por vejez de Colpensiones; que ella no pudo viajar a Colombia ni siquiera al momento del fallecimiento de su esposo porque **estaba enferma no podía caminar**; que el plan al enviar a su esposo a Colombia era que se recuperara y ella volvérselo a llevar a E.E.U.U., expuso que vivía sola con el señor Calderón, que este le dejaba los brazos morados e hinchados; que fue la psiquiatra de este cuando la vio así quien le dijo que debía internarlo porque ella no podía cuidarlo; que lo internó pero allí le dijeron que ella ya no podía cuidarlo; que ella en ese momento estaba en bastón porque tenía artritis severa y le dolían las rodillas y los pies; que buscó en E.E.U.U. donde internarlo pero el dinero no le alcanzaba, entonces busco a la familia de él en Colombia para que le ayudara a cuidarlo; que los gastos de él como medicamentos, pañales, geriátrico, manutención en Colombia fueron sufragados por la pensión de los dos; que ella lo llevó hasta el aeropuerto en E.E.U.U. y en Colombia se lo entregaron a dos hijas del causante Liliana y Lidia Calderón; que ellas realizaron las diligencias del geriátrico; que el señor Álvaro falleció el 16 de marzo de 2018; que empezaron a **convivir desde 1992** y se casaron el 11 de diciembre de 2005, inicialmente 13 años en Colombia y el 5 de enero de 2005, viajaron para E.E.U.U.; que nunca se separaron; que cuando lo envió a Colombia el 09 septiembre de 2017, ella siempre tuvo la intención de llevárselo otra vez; que en Colombia llegó a vivir con las dos hijas y ellas decidieron internarlo en el geriátrico porque él ya estaba como un bebé tenían que hacerle todo; que ella lo llamaba todos los días y cada mes enviaba el dinero para todos los gastos de él.

También se escuchó el testimonio de la señora Rosa Liliana Calderón Rodríguez hija del causante, quien informó que conoce a la actora porque era la esposa de su padre; que ellos empezaron a convivir más o menos desde hacía 25 o 26 años en el año 1995,

y nunca se separaron, salvo los 6 últimos meses por la enfermedad de papá y de la actora dado que ella estaba también delicada de salud y no podía velar por el señor Álvaro, él tuvo que regresarse para acá para Colombia; que convivió unos días con Mercedes sobrina de él, pero dada la gravedad de él ella no lo pudo cuidar más y por otros días lo empezaron a cuidar ellas (las hijas de él), pero tocó buscarle un hogar geriátrico porque la enfermedad de él requería cuidados constantemente; que los gastos de él los cubrían con su pensión más los dineros que Adalgiza enviaba cada mes; que la demandante estuvo muy pendiente de él y de todo lo que necesitaba; que la intención de ellos nunca fue separarse pues inclusive la actora le dijo que tan pronto el papá se recuperara ella se lo llevaría otra vez a E.E.U.U.; que cuando su padre llegó traía consigo una carta de su esposa en donde le pedía que en un acto de amor lo cuidaran hasta que ella pudiera venir por él.

La testigo Zulma Zapata Vanegas nieta de la demandante quien nació en 1995, manifestó que la actora convivía y estaba casada con don Álvaro Caldearon desde hacía mucho, porque cuando ella era pequeña su abuelita y él ya estaban juntos; que sabía de la salud del señor Álvaro porque su abuelita le contaba sobre ello y sobre sus condiciones propias de salud, que la demandante vivía en E.E.U.U. con don Álvaro, pero que por cuestiones de salud él tuvo que regresar a Colombia y su abuelita quedó sola, que cuando ella por fin pudo venir a Colombia la acompañó a visitar la lápida de don Álvaro.

Por su parte, el testigo Miguel Álvaro Calderón Rodríguez hijo del causante, informó que conoce a la demandante porque ella vivía con su papá desde 1992, inicialmente en Girardot barrio Centenario y luego se fueron los dos para E.E.U.U.; que raramente llamaba a su papa y ella contestaba y se lo pasaba; que cuando su padre falleció en los últimos meses él se vino para Colombia por razones de salud; que desconoce si ellos se separaron; que tampoco le conoció otra pareja a su padre, que él no tuvo contacto directo con su padre, que todo lo sabe por intermedio de sus hermanas.

Adicionalmente a lo anterior, de las pruebas documentales se aprecia el certificado de matrimonio de Adalgiza Arias Vásquez y Álvaro Calderón Figueroa celebrado en Rhode Island E.E.U.U., el 11 de diciembre de 2005, fotos de la pareja compartiendo diferente espacio de la vida cotidiana; historia clínica del causante creada desde

noviembre de 2017, donde se indica que parece entre otras cosas, de «*demencia vascular con trastorno de conducta, trastorno depresivo, conducta sexual inapropiada, cataratas bilaterales*», certificado de medicina interna, pulmonar y cuidados críticos de la actora donde se hace constar que desde el 2014, es paciente de artritis grave con compromiso de rodillas y tobillos; que para el 9 de septiembre de 2017, no podía viajar a Colombia por su estado de salud, historia clínica de la promotora del litigio sobre cataratas y diagnóstico de encefalopatía metabólica con dificultad al caminar desde el 12 de mayo de 2017, carta de la demandante dirigida a Liliana hija del causante de fecha 15 de septiembre de 2017, en donde manifiesta, entre muchas cosas, que envía al señor Álvaro no por gusto sino porque dada la condición de salud de ambos, no puede hacerse cargo de sus cuidados; que ella volverá por él cuando ella este mejor de salud.

De igual forma se allegó el certificado de la Casa Hogar Sabiduría de Mis Años S.A.S., de fecha 15 de octubre de 2018, donde hace constar que la señora Adalgiza estuvo comprometida con el pago, las vitaminas y todo lo respectivo a la manutención del causante en las fechas del 10/10/2017 al 16/03/2023, y extracto de cuenta de la señora Liliana Calderón hija del *de cuius*, donde se observan las transferencias internacionales recibidas.

Sumado a lo anterior, obra la resolución 240304 del 12 de septiembre de 2018, emitida por Colpensiones negando el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Arias Vásquez por el fallecimiento del señor Calderón Figueroa, argumentando que:

Que esta entidad procedió a efectuar investigación administrativa a fin de validar la convivencia mínima requerida concluyendo:

*NO SE ACREDITÓ el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por Adalgiza Arias Vasquez, una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa. De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el señor Álvaro Calderón Figueroa y la señora Adalgiza Arias Vásquez, convivieron desde el año 1992, casados en Estados Unidos por lo civil en el año 2005, es importante mencionar que el causante falleció en Colombia estando internado en un hogar geriátrico mientras la solicitante continuó residiendo en Estados Unidos es decir no compartió el mismo techo, lecho y mesa con el causante al momento de su deceso que se dio el 16 de marzo de 2018. No se acredita porque no se aportaron pruebas como historia clínica, documentación que evidencia el estado de interno del hogar geriátrico que aseguró que estaba el causante, o recibos de pagos de la institución donde se encontraba recluido el señor Álvaro Calderón Figueroa, tampoco hay fotografías de convivencia y el testimonio del hijo del causante el señor Miguel Álvaro Calderón Rodríguez, afirmó que su padre no convivía con la solicitante porque desde el año 2017 estuvo radicado en Colombia mientras la solicitante continuó residiendo en Estados Unidos sin realizar ninguna visita en su lecho de muerte.*

En este orden, Colpensiones no desconoce que Adalgiza Arias Vásquez y Álvaro Calderón Figueroa convivían como pareja desde 1992, que contrajeron matrimonio civil en E.E.U.U., en el año 2005, su reparo es única y exclusivamente porque desde el momento en que el señor Calderón regreso a Colombia el 09 de septiembre de 2017, y hasta su deceso el 16 de marzo de 2018, no residían bajo el mismo techo, lecho y mesa, pues ella se quedó en E.E.U.U. y él estaba en Colombia.

De las pruebas referidas se colige que en efecto la demandante y el causante iniciaron convivencia en calidad de compañeros permanentes desde el año 1992, y convivieron como una pareja en una comunidad de vida, con el propósito de contribuir al crecimiento personal, profesional y social común e individual de la pareja, compartir todas las vicisitudes de la vida como lo son los logros y fracasos, brindarse respeto, ayuda mutua, solidaridad, apoyo económico, asistencia solidaria, y acompañamiento espiritual, hasta el 16 de marzo de 2018, dada en que el señor Calderón falleció.

Lo anterior es así porque, el testimonio de la señora Rosa Liliana Calderón Rodríguez es concordante con lo expuesto en el interrogatorio de parte de la actora, al señalar que la señora Adalgiza se vio obligada a enviar al señor Calderón a Colombia por motivos de salud tanto de él como de ella y por situaciones económicas, dado que tenían que internar al *de cujus* en un geriátrico y en E.E.U.U., era muy costoso, además que ella no podía cuidarlo porque tenía patologías graves, y él también estaba muy afectado en su salud mental, al punto que el 09 de septiembre de 2017, llegó a Colombia y el 10 de octubre de 2017, fue internado en el geriátrico donde falleció, pues sus hijas tampoco podían brindarle la atención y cuidados que él necesitaba; también se extrae de esta prueba que la intención de la promotora del litigio no era la de separarse del pensionado, sino por el contrario darle bienestar y cuidados de calidad, que le permitieran mejorarse para que pudiese regresar a su lado en E.E.U.U., además siempre estuvo pendiente de su salud, y de cubrir económicamente todos los gastos y requerimientos de su compañero de vida.

De lo anterior también existe prueba documental, pues está el certificado de matrimonio celebrado en E.E.U.U., en diciembre de 2005, el cual, si bien por no haberse registrado en Colombia no es válido para demostrar ese estado civil, sí es una prueba que demuestra que como pareja tenían una comunidad de vida estable, permanente y firme, con un destino común, también están las múltiples fotos en donde se les ve compartiendo como pareja viajes y espacios de la vida cotidiana en diferentes espacios de tiempo, evidenciándose como una pareja estable y duradera.

También obra historia clínica de ambos, donde se observa que el causante tenía entre otras cosas, de «*demencia vascular con trastorno de conducta, trastorno depresivo, conducta sexual inapropiada, cataratas bilaterales*», y fue precisamente por estos diagnósticos que la señora Adalgiza no lo pudo cuidar, y terminó internado en un geriátrico en Colombia, pues en E.E.U.U. era muy costoso y con los ingresos de ambos no lo lograban cubrir, además que la actora tenía artritis grave con compromiso de rodillas y tobillos, encefalopatía metabólica con dificultad al caminar (tumor) y cataratas, lo que le impedía continuar haciéndose cargo del señor Calderón.

Por consiguiente, pese a que es un hecho cierto que Adalgiza Arias Vásquez y Álvaro Calderón Figueroa desde el 09 de septiembre de 2017, hasta el 16 de marzo de 2018, cuando este último falleció, no convivieron bajo el mismo techo, lo cierto es que esa comunidad de vida forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, estuvo presente hasta el último día de vida del señor Calderón, aspectos que supera la concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio.

En consecuencia, como quiera que la señora Adalgiza Arias Vásquez y el señor Álvaro Calderón Figueroa convivieron desde el año 1992, hasta el 16 de marzo de 2018, es decir que acredita los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes del causante Álvaro Calderón Figueroa, en un 100% de la prestación que a este se le venía reconociendo.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, se advierte que la misma no tiene vocación de prosperidad, como quiera que el causante falleció el 16 de marzo de 2018 y la demanda se radicó el 18 de diciembre de 2019, luego entre una fecha y otra no transcurrió el termino trienal consagrado en el artículo 488 del CST y 151 del CPTSS.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

### **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo la demandada Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada Colpensiones la suma de \$1.160.000.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

RADICADO	110013105037201900858-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	AIDA VARGAS SUÁREZ
DEMANDANDO	- DINASTÍA RÍOS LTDA - LUZ MIRIAM CADENA CASTRO - GILBERTO PEREIRA SILVA

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **AIDA VARGAS SUÁREZ** se declare: i) que entre ella y la sociedad Dinastía Ríos Ltda. existió una relación laboral mediante contrato de trabajo a término fijo a partir del 01 de agosto de 2011, y hasta el 28 de febrero de 2017, data en que opero una sustitución patronal; ii) que entre la sociedad Dinastía Ríos Ltda. y los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva operó la sustitución patronal en favor de su contrato a partir del 1° de marzo de 2017; iii) que el contrato de trabajo fue terminado el 10 de octubre de 2019, sin justa causa y con ocasión de sus problemas y quebrantos de salud, por ende, esta es ineficaz.

En consecuencia, se condene a su reintegro con todas las consecuencias jurídicas; que se condene solidariamente a sus empleadores a: i) reliquidar y pagar por diferencia en los salarios correspondiente al 50% de un SMMLV desde agosto de 2011 hasta octubre de 2019; ii) reconocer y pagar todos los dominicales y festivos trabajados a partir del 1° de agosto de 2011 hasta el 5 de octubre de 2018; iii) conforme lo anterior reliquidar las cesantías e intereses a las mismas, vacaciones, y prima de servicios de toda la relación laboral; iv) pagar la diferencia del auxilio de transporte dejado de percibir durante todo el tiempo trabajado; v) reconocer y pagar la indemnización moratoria por no consignación completa de las cesantías en un fondo para ese fin; y vi) reconocer y pagar la sanción por el pago completo de los intereses a las cesantías.

En forma subsidiaria pretende que, se condene solidariamente a sus empleadores al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la indemnización por despido sin justa causa, a la indemnización por la falta de pago de sus acreencias laborales conforme el artículo 65 del CST, a la indexación de cada condena, a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y gastos del proceso.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 21-26 exp. físico), señaló que la sociedad Dinastía Ríos Ltda. era la propietaria de un establecimiento de comercio denominado De Luigi -almacén de ropa- ubicado en la Carrera 19 # 99-32 Bogotá; que este último fue adquirido por los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva a partir del 1° de marzo de 2017, quienes no le cambiaron el nombre; que laboró en dicho establecimiento de comercio desde el 1° de agosto de 2011, hasta el 10 de octubre de 2019, en el cargo de administradora del almacén, realizando las siguientes funciones: i) apertura y cierre; ii) responder por la caja registradora y por el dinero de las ventas; iii) realizar inventarios; iv) vender; v) toda la gestión administrativa del negocio; vi) aseo general de las instalaciones; y vii) cumplir las metas de ventas mensuales; que siempre desarrolló su labor de forma personal, cumpliendo órdenes y el horario impuesto y en las mismas condiciones que los demás trabajadores del establecimiento; que el horario

establecido era de 9:00 am a 7:30 pm de domingo a domingo, sin que le fueran pagados los dominicales y festivos.

Narró que, suscribió contrato de trabajo a término fijo a partir del 1° de agosto de 2011; que al momento del cambio de propietarios del establecimiento de comercio denominado De Luigi su vinculación continuó bajo los mismos términos, hasta el 10 de octubre de 2019, cuando el contrato finalizó de manera unilateral y sin justa causa.

Expuso que, pese a su extensa jornada apenas recibía como salario mensual el 50% de un SMMLV más un porcentaje sobre ventas mensuales del 6% y no le pagaban horas extras, ni dominicales ni festivos, no obstante, los aportes a seguridad social integral si se realizaban sobre un (1) SMMLV, pero no a nombre de su verdadero empleador sino de terceras empresas; que durante su relación laboral no recibió el pago completo de sus prestaciones sociales porque se las liquidaban sobre el 50% de un (1) SMMLV y nunca disfrutó de sus vacaciones y tampoco se las pagaron completas.

Refirió que, a la data de finalización de su contrato presentaba graves quebrantos de salud, los cuales conocían sus empleadores conforme los certificados de incapacidades que emitía la EPS, tales como cáncer en el seno izquierdo, y por esta condición médica fue intervenida quirúrgicamente -mastectomía y extracción de ganglios linfáticos de la axila izquierda- el 6 de octubre de 2018, y en adelante continuó recibiendo radioterapias y quimioterapias; que se le ordenó fisioterapia dado que por la extracción de los ganglios perdió movilidad, sensibilidad y su brazo izquierdo permanece bastante inflamado, lo que no le permitía hacer sus actividades cotidianas pues esta es zurda; y que la terminación de su contrato se debía a sus complicaciones de salud y que a esa data ya contaba con 230 días de incapacidad.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

La sociedad Dinastía Ríos Ltda., contestó la demanda (f.º 240-247 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que el 28 de febrero de 2017, vendió el establecimiento de comercio a los señores Luz Miriam

Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva quienes lo denominaron De Luigi, porque ante se llamaba Dinastía Ríos Ltda.; que celebó contrato de trabajo a término fijo con la actora desde el 1° de agosto de 2011 para que desempeñara el cargo de administradora del almacén y las funciones que debía realizar excepto el aseo de las instalaciones; frente a los demás, manifestó no constarle por ser posteriores al 28 de febrero de 2017, o que no eran ciertos. Aclaró que, el horario de la actora era de 11:00 am a 7:00 pm de lunes a sábado y de 11:00 am a 5:00pm algunos domingos; que este no fue impuesto sino concertado, que pagó el 100% de un SMMLV y que no le canceló horas extras, dominicales y festivos porque no se causaron, y que desconoce los términos en que feneció la relación laboral.

Formuló las excepciones de fondo de incumplimiento del deber de la carga de las pruebas de la actora en relación con las horas extras fictas, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y la genérica.

Los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva contestaron la demanda de forma conjunta (f.° 289-301 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda por no constarles nada sobre el vínculo laboral anterior al 1° de marzo de 2017, y por haber cumplido con sus obligaciones desde esa data hasta la terminación del vínculo laboral. En cuanto a los hechos, aceptaron que desde el 1° de marzo de 2017, son los propietarios del establecimiento de comercio D' Luigi el cual le compraron a la sociedad Dinastía Ríos Ltda., pero que la actora empezó un nuevo contrato de trabajo a término fijo suscrito entre el 1° de marzo de 2017, al 28 de febrero de 2018, el siguiente entre el 20 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2018, el cual se prorrogó hasta el 10 de octubre de 2019; que fue contratada como vendedora; que el vínculo finalizó el 10 de octubre de 2019, pero con justa causa; frente a los demás, manifestaron que no les constaban por ser anteriores al 1° de marzo de 2017, o que no eran ciertos. Aclararon que, contrataron a la actora como vendedora mas no como administradora del establecimiento de comercio; que su única función era vender; que le pagaba como salario un (1) SMMLV, el auxilio de transporte y las comisiones por ventas, que debido a las incapacidades pagaron salario hasta el día 180, en adelante le correspondía a Colpensiones.

Propusieron como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido y terminación del contrato por justa causa vencimiento del plazo.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 13 de mayo de 2021 (archivo 478-480 exp. Físico), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR que entre la señora AIDA VARGAS SUÁREZ en calidad de trabajadora y DINASTÍA RÍOS LIMITADA existieron sendos contratos de trabajo a término fijo en el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2011 hasta el 28 de febrero de 2017, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora AIDA VARGAS SUÁREZ en calidad de trabajadora y los señores GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO existió un contrato de trabajo a término fijo de un año comprendido entre el 1 de marzo de 2017 al 28 de febrero de 2018, el cual luego de las prórrogas automáticas por virtud legal finalizó el 10 de octubre de 2019.*

*TERCERO: DECLARAR INEFICAZ la terminación el contrato laboral efectuada el 10 de octubre de 2019 por los empleadores GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO por ser la demandante beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada en los términos que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*

*CUARTO: CONDENAR a los señores GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO a REINTEGRAR a la demandante AIDA VARGAS SUÁREZ al cargo ocupado, o a uno de mejor categoría, junto con el reconocimiento de los salarios dejados de percibir desde el 11 de octubre de 2019 hasta la fecha que se haga efectivo el reintegro de la actora, junto con el reconocimiento de auxilio de cesantías e intereses sobre las mismas; así como a reconocer y pagar los aportes con destino al sistema de seguridad social; pago que deberá realizar en forma directa y no a través de empresas intermediarias en esa labor, conforme se dispuso en la parte motiva de la sentencia.*

*QUINTO: CONDENAR a los señores GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO a pagar a favor de la parte demandante AIDA VARGAS SUÁREZ la reliquidación de los salarios y las prestaciones sociales por el periodo comprendido desde el 01 de marzo de 2017 hasta el 06 de octubre de 2018 en un 50% del salario mínimo, los cuales deberán efectuarse así:*

- a. \$7.282.298 por concepto de salarios.*
- b. \$ 576.001,53 por concepto de cesantías.*
- c. \$56.088,99 por concepto de Intereses a la Cesantías.*
- d. \$ 576.901,53 por concepto de Prima de servicios.*
- e. \$288.450,76 por concepto de vacaciones.*

*f. Pago de cotizaciones con destino al sistema de seguridad social por el periodo antes indicado, tomando como IBC la mitad del salario mínimo de los años 2017 y 2018, valor que deberá ser pagado en forma directa ante la AFP que se encuentre afiliada la demandante.*

*SEXTO: CONDENAR a DINASTÍA RÍOS LIMITADA a pagar a favor de la parte demandante AIDA VARGAS SUÁREZ la reliquidación de los salarios y las prestaciones sociales desde el 29 de noviembre de 2016 hasta el 28 de febrero de 2017 en un 50% del salario mínimo, los cuales deberán efectuarse así:*

- a. \$1.011.630 por concepto de salarios.*
- b. \$ 83.282, 28 por concepto de cesantías.*
- c. \$1.360,44 por concepto de Intereses a la Cesantías.*
- d. \$ 83.282, 28 por concepto de Prima de servicios.*
- e. \$41.641,14 por concepto de vacaciones.*
- f. Pago de cotizaciones con destino al sistema de seguridad social por el periodo antes indicado, tomando como IBC la mitad del salario mínimo de los años 2016 y 2017, valor que deberá ser pagado en forma directa ante la AFP que se encuentre afiliada la demandante.*

*SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones subsidiarias y de las demás incoadas en su contra por la demandante.*

*OCTAVO: CONDENAR a las demandadas EN COSTAS a favor de la demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencias en derecho un salario mínimo legal vigente a cargo de la empresa DINASTÍA RÍOS LIMITADA y por el mismo valor, dividido en partes iguales respecto de los demandados GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO.*

El A quo fijó como problema jurídico, determinar: i) si existió una relación laboral dentro de los periodos pretendidos; ii) si había operado el fenómeno jurídico de la sustitución patronal; iii) si al momento de la finalización de la relación laboral la actora estaba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, y solo en caso de ser así verificaría si había lugar al reintegro con todas sus consecuencias jurídicas; y iv) si había lugar a acceder a las pretensiones de condena solicitadas. En caso de no salir avante las anteriores, establecer si proceden las peticiones subsidiarias.

Señaló que, estaba probado que: *i)* la sociedad Dinastía Ríos Ltda., había contratado a la actora en el establecimiento comercial como administradora de este entre el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2011 y el 28 de febrero de 2017; *ii)* entre la sociedad Dinastía Ríos Ltda., y los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva se celebró el 1° de marzo de 2017, un contrato de compraventa comercial del establecimiento de comercio; y *iii)* entre las personas naturales Luz Miriam Cadena

Castro y Gilberto Pereira Silva y la actora se celebró un contrato de trabajo a término fijo entre el 1° de marzo de 2017 al 28 de febrero de 2018, el siguiente entre el 20 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2018, este último se prorrogó hasta el 10 de octubre de 2019.

Señaló que, de los elementos probatorios referidos podía colegir con certeza que entre la sociedad Dinastía Ríos Ltda., y los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva operó una sustitución de empleadores en los términos del artículo 67 del CST, bajo el entendido que se produjo un cambio de empleador, subsistió la identidad del establecimiento de comercio; no obstante, ello no impedía la celebración de nuevos contratos por parte de los nuevos empleadores, tal como efectivamente lo realizaron las personas naturales demandadas en este proceso aspecto válido a la luz de las normas laborales, en especial el artículo 46 del CTS que faculta la contratación temporal a término fijo, modalidad que venía operando incluso con la sociedad Dinastía Ríos Ltda.; sin embargo, añadió que pese a que los nuevos empleadores celebraron dos contratos de trabajo a término fijo con la actora, el primero hasta el 28 de febrero de 2018, y el otro que inició el 20 de marzo de igual año, lo cierto era que existían desprendibles de nómina de ese interregno, aspecto que no concordaba con los extremos temporales determinado en los contratos celebrados, por lo que en virtud del principio de la realidad sobre las formas jurídicas determinó que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio, máxime que en el expediente no obraba comunicación de preaviso respecto del primer contrato remitido a la demandante en los términos del mencionado artículo 46 del CST, por lo que declarararía la prórroga automática del contrato por un término igual al inicialmente estipulado, y restaría validez al segundo contrato pactado.

En consecuencia, declarararía que la demandante tuvo sendos contratos de trabajo a término fijo con la empresa Dinastía Ríos Ltda., entre el periodo comprendido entre el 01/08/2011 al 28/02/2017, y posteriormente con los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva con quienes celebró un contrato de trabajo a término fijo desde el 01/03/2017 al 28/02/2018, el cual fue prorrogado en forma automática desde el 01/03/2018 hasta el 28/02/2019, y desde el 01/03/2019 hasta el 28/02/2020.

Al revisar el salario de la actora, explicó que pese a que en los contratos celebrados se había fijado como retribución mensual un (1) SMMLV, lo cierto era que conforme los desprendibles de nómina dado por los empleadores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva, su salario era variable y estaba compuesto por el sueldo, auxilio por cumplimiento de metas, asunto que fue confesado por la señora Cadena y sobre el cual también se escuchó el testimonio del señor Luis Alejandro Ardila Martínez quien había afirmado que laboró para el establecimiento de comercio desde el años 2012; que la remuneración de él y de sus compañeros era la mitad de un (1) SMMLV y un porcentaje del 5% de las ventas que realizaban, lo que había sido corroborado por la testigo Olga Lucía Moreno Gómez quien laboró para los dos empleadores, ambos testigos afirmaron que sumados los dos conceptos nunca percibieron una suma inferior a un (1) SMMLV.

Refirió que, al hacer una valoración integral de las pruebas obrantes en el expediente conforme lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, podía concluir que el real salario devengado por la demandante correspondía al 50% de un (1) SMMLV junto con las comisiones a que hubiera lugar por las ventas realizadas de manera mensual.

Frente a la estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato de trabajo el 10 de octubre de 2019, hizo relación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y a la posición de las altas Cortes, empezando por el radicado CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 41845, y posteriormente, citó la sentencia CC SU-049 de 2017, haciendo claridad que acogería esta última por ser la que mejor acoplaba al contenido programático de la Constitución Nacional, por lo que en esas condiciones los empleadores de la actora debían obtener permiso para su despido en los términos de la norma atrás citada.

No obstante, era claro que los empleadores podían alegar y probar que el despido había obedecido a una causal objetiva y no había sido producto de un trato discriminatorio por el estado de salud del trabajador, pues de ser así no había lugar a los efectos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 (sentencia CSJ SL1360-2018).

Argumentó que, de la historia clínica de la actora se evidencia que a esta se le había diagnosticado cáncer de seno izquierdo, razón por la que tuvo que someterse a

varios tratamientos que le generaron múltiples incapacidades consecutivas desde el 06/10/2018 al 22/10/2019, tal como constaba en el certificado de incapacidades expedido por la EPS Sanitas, considero que este lamentable diagnóstico permitía tenerla como un sujeto de especial protección constitucional, lo que le daba una estabilidad laboral reforzada por salud en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues su patología le impedía el normal desarrollo de sus funciones laborales.

Indicó que, como quiera que el contrato de trabajo de la actora se había prorrogado hasta el 28/02/2020, los empleadores no tenían una justa causa objetiva para haberle finalizado el mismo, pues el preaviso efectuado no surgía efectos legales pretendidos porque el segundo contrato de trabajo a término fijo celebrado había quedado sin validez a la luz del principio de la realidad sobre las formas, además que la demandante para el 10/10/2019, tenía una incapacidad vigente la cual estaba precedida además de múltiples incapacidades por el mismo diagnóstico; que dicha enfermedad era conocida por sus empleadores, por lo que aplicaría los efectos legales del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y declararía ineficaz la terminación del contrato y condenaría los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva al reintegro de la demandante al cargo ocupado o a uno de superior categoría con el pago de salarios, cesantías e intereses a las mismas, y aportes al sistema de seguridad social, y sostuvo que quedaba relevado de estudiar las pretensiones subsidiarias.

En lo que tiene que ver con la reliquidación de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social, estimó que ya había quedado determinado que el salario devengado por la demandante correspondía al 50% de un (1) SMMLV junto con las comisiones a que hubiera lugar por las ventas realizadas de manera mensual, lo cual no era viable, porque la actora laboraba la jornada máxima legal, luego, no resultaba dable reducir su salario a la mitad, pues las comisiones por ventas de ninguna manera podían venir a completar el salario mínimo, porque este debía ser un plus, por ende, advirtió que había lugar a la reliquidación del salario mensual en un 50% de un (1) SMMLV para cada anualidad.

Al analizar la excepción de prescripción propuesta por la sociedad Dinastía Ríos Ltda., refirió que el contrato había finalizado el 10/10/2019; que la demanda se había radicado el 29/11/2019, por lo que los derechos causados con anterioridad al 29/11/2016, se encontraban afectados por la prescripción. Seguidamente procedió a realizar la liquidación de los salarios, cesantías e intereses sobre estas, prima de servicios, y vacaciones, y ordenó realizar el pago de los aportes en pensiones, todo esto sobre el 50% de un (1) SMMLV para cada anualidad.

Respecto del trabajo suplementario, sostuvo que la carga de la prueba estaba en cabeza del demandante, la cual no había acreditado de forma detallada y contundente cuantas, y cuales habían sido las horas extras laborales, los dominicales y festivos, por lo que absolvería de esta pretensión. Añadió que, tampoco condenaría a la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del CST, ni a la regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, porque estas no operaban de manera automática y que en ese asunto no estaba demostrada la mala fe de los empleadores.

Por último, precisó que la Sociedad Dinastía Ríos Ltda., era responsable del pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social en pensiones hasta el 1° de marzo de 2017, pues las obligaciones o condenas surgidas con posterioridad a esa data correspondían única y exclusivamente a los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La Sociedad Dinastía Ríos Ltda., interpuso recurso de apelación frente al numeral sexto del resuelve de la sentencia, por considerar que según las pruebas documentales la actora siempre había sido liquidada con un salario base de un (1) SLLMV; por lo tanto, no era procedente la reliquidación ordenada; que los pagos realizados hasta el 28 de febrero de 2017, a la seguridad social se realizaron sobre el 100% de un (1) SMMLV, por lo que era improcedente volver a realizar las cotizaciones sobre el 50% de un (1) SMMLV.

Consideró que la condena en costas tampoco era procedente porque la prosperidad de las pretensiones de la demanda, fueron de forma parcial, y de acuerdo con el artículo 365 del CGP no había lugar a condena en costas.

Los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva interpusieron recurso de apelación contra el numeral segundo que declaró inexistente la justa causa para dar por finalizado el contrato cuando la demandante se encontraba protegida por fuero de salud, argumentando que no se encontraban en posibilidades para asumir un reintegro bajo ninguna circunstancia, pues no estaban obligados a lo imposible; frente a la reliquidación consideraron que siempre pagaron debidamente los salarios, las incapacidades y prestaciones sociales, por lo que solicita se revise el fallo en este punto.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas Sociedad Dinastía Ríos Ltda., y Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que entre la actora y la Sociedad Dinastía Ríos Ltda., existió una relación laboral entre el 1° de agosto de 2011, y el 28 de febrero de 2017, regida por contratos a término fijo; *ii)* que entre la sociedad Dinastía Ríos Ltda., y los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva se celebró el 1° de marzo de 2017, un contrato de compraventa comercial del establecimiento de comercio donde laboraba la demandante; *iii)* que entre las personas naturales Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva y la actora existió una relación laboral ejecutada entre el 1° de marzo de 2017, y el 10 de octubre de 2019; y *iv)* que para esta última data la señora Aida Vargas estaba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud, pues padecía de cáncer de seno izquierdo.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, y en consonancia con los recursos de apelación interpuestos, corresponde a esta Sala de Decisión determinar **i)** si los empleadores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva acreditaron una justa causa objetiva para dar por terminado el contrato de trabajo de la actora, o si por el contrario deben reintegrarla a su cargo o a otro superior conforme lo indicó el juez de instancia; y **ii)** si hay lugar a la reliquidación de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema general de pensiones con base en el 50% de un (1) SMMLV.

Así las cosas, como quiera que ninguna de las dos partes apelantes, recurrió el tema de que la actora estaba amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada por salud debido a la grave enfermedad que padece, y sumado a que para el 10 de octubre de 2019, se encontraba en incapacidad la cual venía siendo constante y permanente desde el 6 de octubre de 2018, esta Sala dejará este presupuesto incólume, y estudiara única y exclusivamente la materia objeto de apelación conforme el problema jurídico planteado, en aplicación del artículo 66 A del CPTSS.

## **DE LA JUSTA CAUSA**

Respecto de este asunto la Corte Suprema de Justicia recientemente en sentencia CSJ SL1152-2023 indicó:

*Es importante reiterar que para despedir a una persona con discapacidad es necesario solicitar previamente el permiso del Ministerio del Trabajo; de no ser así, se activa una presunción de despido discriminatorio, la cual puede ser desvirtuada en juicio por parte del empleador (CSJ SL1360-2018). En tal caso, en un proceso judicial a las partes les concierne lo siguiente:*

- *Para solicitar el amparo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el trabajador debe demostrar que tenía una discapacidad (deficiencia más barrera laboral, en los términos previamente descritos) y que el empleador conocía tal situación al momento del retiro o que era notoria.*
- *Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. Igualmente, puede acreditar que se cumplió una causal objetiva, justa causa, mutuo acuerdo o renuncia libre y voluntaria del trabajador.*

*Por otra parte, la Corporación recuerda que el empleador puede terminar el vínculo contractual si se cumple una causal objetiva o justa causa y teniendo en cuenta que a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad también debe demostrar la realización de los ajustes razonables, o que no los hizo por ser desproporcionados o irrazonables.*

Conforme al anterior criterio jurisprudencia, le correspondía al empleador para desestimar la presunción de despido discriminatorio probar que al momento de terminar el vínculo laboral el 10 de octubre de 2019, existía una causal objetiva o justa causa, pues esta fue su defensa a lo largo de la Litis, que recordemos se fundó en que el contrato de la actora era a término fijo y ese día se vencía el plazo pactado, por lo que con un (1) mes de antelación habían enviado el preaviso a la trabajadora.

En este orden, con el fin de determinar si el vencimiento del plazo pactado en los contratos a término fijo es una causal objetiva de culminación de la relación laboral, resulte pertinente traer a colación lo que sobre el particular ha dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL2586-2020, donde analizó tal aspecto y explicó:

### **3.2. ¿El vencimiento del plazo es una causa objetiva?**

*La causa objetiva o principio de razón objetiva es un aspecto que debe buscarse en los hechos, en la realidad. Por tanto, la causa objetiva no necesariamente coincide con las causas jurídicas de terminación de los contratos de trabajo. Por ejemplo, la decisión unilateral del empleador, aunque es una causal de terminación de los contratos (lit. h, art. 61 CST), no necesariamente es una causa objetiva. De esta forma, causa objetiva y causal legal de terminación de los contratos no siempre coinciden, de manera que habrá causas legales de terminación en los que el componente subjetivo se encuentran presente.*

*En los contratos a término fijo, si bien la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo laboral (lit. c, art. 61 CST), esto no significa que por ello sea objetivo. Y no lo es, porque es eminentemente subjetivo cuando quiera que las partes tienen la facultad de terminarlo o prorrogarlo; dicho de otro modo, la terminación del contrato esta permeada por la voluntad unilateral del empresario o del trabajador de no prorrogarlo. Tan es así que, de no existir el preaviso o la decisión unilateral de no seguir con el vínculo, el contrato a término fijo se prorroga indefinidamente. Es decir, la terminación del contrato por vencimiento del plazo no es un suceso natural que ocurra por sí solo; antes, media la expresa voluntad de alguna o de ambas partes, en caso contrario, continua en vigencia el vínculo laboral.*

(...)

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no establece un privilegio exclusivo para los trabajadores con contrato a término indefinido. Por el contrario, su texto alude que ninguna persona «podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad», de modo que la garantía se despliega a todas las modalidades contractuales. En idéntico sentido, la Corte Constitucional en sentencia SU-049-2017 refirió que la estabilidad laboral reforzada «aplica a todas las alternativas productivas», premisa que se reiteró en sentencia T-118-2019 al señalarse que la garantía engloba a «cualquier modalidad de contrato».

Adicionalmente, la protección de las personas con discapacidad la garantizan normas de alta jerarquía y amplio espectro, como los artículos 13, 47 y 54 de la Constitución Política y hoy en día la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Estatutaria 1618 de 2013, instrumentos que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que, sin duda, están llamados a operar en todas las formas contractuales. Lo contrario implicaría establecer distinciones donde la Constitución y ley no las hacen, peor aún, conllevaría a afirmar que los derechos fundamentales en el trabajo son una conquista exclusiva de los empleados tradicionales y no de los trabajadores en general.

Por tanto, en los casos de las personas con discapacidad es necesario que la facultad del empleador para terminar los contratos a término fijo tenga una dosis mínima de racionalidad o de objetividad, precedida de motivos creíbles y objetivos, que descarten sesgos discriminatorios. De modo que, si se alega que la decisión está libre de estos prejuicios, necesariamente es el empleador quien tiene el deber de demostrar que ello es así, aportando el medio de convicción de la objetividad de su decisión. Y tal prueba no es otra que aquella que acredite que la necesidad empresarial para la que fue contratado el trabajador, desapareció, pues no de otra forma podría justificarse la no renovación del contrato.

En tal sentido, como dueño de la actividad empresarial, el empleador debe demostrar que se extinguieron o agotaron las actividades contratadas a término definido y que la determinación de no renovar el contrato de trabajo fue objetiva y sustentada. Por otro lado, al ser el empresario la parte que alega la terminación del contrato por una causa neutra, tiene, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, que probar esa objetividad, más allá del simple vencimiento del plazo.

En consecuencia, la Corte adoctrina que, en el caso de los trabajadores con discapacidad contratados a término fijo, **es necesario que la decisión de no prórroga proveniente del empleador esté fundamentada en la desaparición efectiva de las actividades y procesos contratados.** Por consiguiente, si el trabajador promueve juicio laboral, **el empleador tiene la carga probatoria de demostrar, de manera suficiente y creíble, que en realidad la terminación del contrato fue consecuencia de la extinción de la necesidad empresarial;** solo así quedará acreditado que su decisión de no renovar el contrato de trabajo estuvo desprovista de una conducta discriminatoria. (subraya y negrilla fuera del texto original)

Acogiendo íntegramente dicha línea de pensamiento, debe indicarse por parte de esta Sala que, para tener el vencimiento del plazo en los contratos a término fijo como una causal objetiva, el empleador debe demostrar adicionalmente que se extinguieron o agotaron las actividades para las cuales había sido contratado el trabajador.

Al revisar el caso concreto encontramos que, el *a quo* declaró que entre la señora AIDA VARGAS SUÁREZ en calidad de trabajadora y los señores GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO existió un contrato de trabajo a término fijo de un año comprendido entre el 1 de marzo de 2017 al 28 de febrero de 2018, el cual se prorrogó por dos (2) periodos iguales, restándole validez al contrato de trabajo celebrado desde el 20 de marzo, hasta el 31 de diciembre de 2018, por encontrar que la trabajadora sí prestó el servicios entre el 1º y el 20 de marzo de 2018.

Así, al verificar el material probatorio encontramos que, en efecto los demandados GILBERTO PEREIRA SILVA y LUZ MIRIAM CADENA CASTRO celebraron con la trabajadora dos contratos de trabajo a término fijo: el primero, del 01 de marzo de 2017, al 28 de febrero de 2018, y el segundo, desde el 20 de marzo hasta el 31 de diciembre de 2018; este último se prorrogó hasta el 10 de octubre de 2019; no obstante, tal y como lo advirtió el juez de instancia, dentro del proceso obran desprendibles de nómina donde se le pagó a la actora por los servicios prestados entre el 1 y el 15 y del 16 al 25 de marzo de 2018, lo que implica que entre un contrato y otro no hubo solución de continuidad, por cuanto ella siguió laborando sin interrupción, pues en estos también se le pagó el auxilio de transporte y el auxilio por rendimiento; luego, era evidente que en la realidad el primer contrato de trabajo se prorrogó por el término inicialmente pactado, máxime que al expediente no se allegó preaviso de no prorroga ni justificación alguna de la prestación del servicio de la actora en ese lapso.

Por ende, el segundo contrato que se firmó carece de validez quedando única y exclusivamente vigente el primer contrato celebrado el cual se prorrogó del 1 de marzo de 2018 al 28 de febrero de 2019, y del 1 de marzo de 2019 al 28 de febrero de 2020, por lo que era esta última fecha en la que realmente vencía el plazo pactado y no el 10 de octubre de 2019, como equivocadamente lo refieren los empleadores.

En consecuencia, en el presente asunto no existe ni una causa legal de terminación del contrato de trabajo a término fijo, ni mucho menos una causa objetiva, dado que el plazo pactado no se había vencido y tampoco se demostró por parte de los empleadores que se hubiesen extinguido o agotado las actividades para las cuales había sido contratada la señora Aida Vargas, por lo que se confirmará la decisión apelada, resultando ineficaz la terminación del contrato y, en consecuencia, procede el reintegro de la demandante en los términos ordenados en primera instancia.

Ahora bien, aun cuando en el recurso de apelación se indicó que los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva no se encontraban en posibilidades para asumir un reintegro bajo ninguna circunstancia y que no estaban obligados a lo imposible, nada se argumentó al respecto, pues solo se quedó en esa afirmación, sin que se observa que haya desplegado ninguna clase de actividad argumentativa que lleve a este Tribunal a considerar o analizar las circunstancias por las cuales es inviable el reintegro de la actora, o su reincorporación al establecimiento de comercio es incompatible, insuperable ni que se tornara imposible en la práctica; por lo tanto, esta Corporación desconoce las razones de su dicho y por ello no puede entrar a estudiarlas, en consecuencia la sentencia apelada se mantendrá incólume en este asunto.

### **DE LA RELIQUIDACIÓN DE LOS SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES, VACACIONES Y APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL.**

Señaló la actora que desde el inicio de su relación laboral hasta el 10 de octubre de 2019, se le canceló un salario básico del 50% de un (1) SMMLV pese a laborar la jornada máxima legal; por su parte los empleadores Dinastía Ríos Ltda., y Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva afirmaron que siempre pagaron todo sobre el 100% de un (1) SMMLV.

En la sentencia de primera instancia, se ordenó la reliquidación de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y pago de aportes al sistema general de pensiones desde el 26 de noviembre de 2016, hasta el 10 de octubre de 2019, sobre el 50% un (1)

SMMLV, al encontrar probado que a este siempre se le realizó el pago de esos conceptos sobre el 50% un (1) SMMLV, circunstancia que los empleadores Dinastía Ríos Ltda., y Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva apelaron por considerar que habían realizado los pagos de forma correcta.

Revisado el material probatorio, encontramos sobre este particular lo siguiente: *i)* en el contrato de trabajo a término fijo celebrado entre la actora y los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva (f.º 361 exp físico), se evidencia que el salario mensual pactado era de \$737.717 para el año 2017, es decir el equivalente a SMMLV de esa anualidad; y *ii)* los desprendibles de nómina (f.º 376-429 exp físico), expedidos cada quincena a la actora desde el 1º de marzo de 2017, hasta el 10 de octubre de 2019, de donde se colige que, en efecto, a esta se le pagó periodo a periodo un salario básico, más auxilio de transporte y de cumplimiento, de los cuales se observa claramente que el básico quincenal para el año 2017 fue de \$184.430 y para el 2018 de \$195.310, aclarándose que desde el 08 de octubre de 2018, se le canceló completo el 66.66% de un SMMLV como auxilio por incapacidad médica.

De lo anterior, resulta claro entonces que, la actora devengó un básico mensual para el año 2017, de \$368.860 y para el año 2018, de \$390.620 cuando para esos mismos años, el SMMLV era el siguiente respectivamente, \$737.717 y \$781.242, por lo que se cae de su peso el argumento de las dos apelantes, pues salta a la vista que el básico de la actora era la mitad de un SMMLV.

Además de lo anterior, se tiene que el testigo Luis Alejandro Ardila Martínez quien trabajo para la sociedad Dinastía Ríos Ltda., como vendedor en sus establecimientos de comercio desde el año 2005, y hasta 2012, que conoció a la actora porque fueron compañeros de ventas; al preguntarle por el salario dijo: *«sí, la modalidad la tuvimos todos igual, entonces era un salario básico que equivalía a la mitad del mínimo vigente en cada año, y comisiones sobre ventas personales»*; manifestó que sabía de ello, porque ellos conocían cuanto se ganaba cada uno y cuanto se vendía en el almacén, que le consta porque conocía, porque el pago llegaba para todos y se hacia delante de todos, porque existían convenios iguales para todos y además fue destinatario de esos

salarios igual que todos sus compañeros del almacén, los cuales eran dos o tres por almacén.

Por su parte, la testigo Olga Lucía Moreno Gómez, quien trabajó para la sociedad Dinastía Ríos Ltda., por espacio de tres años hasta el 28 de febrero de 2017, y luego para Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva, porque estos últimos compraron el almacén; que tanto ella como la actora venían laborando en el almacén y allí continuaron empleadas con los nuevos dueños; que su salario era compuesto por un básico y una comisión; que el básico «*era medio mínimo, todos teníamos el mismo sueldo*»; que sabe de ello porque entre compañeros hablaban y porque todos tenían las mismas condiciones.

De lo anterior, resulta palmario evidente que tanto la sociedad Dinastía Ríos Ltda., como los señores Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva, en realidad cancelaban a la actora un básico del 50% de un (1) SMMLV, pese a que se había pactado un SMMLV y a que ella laboraba la jornada máxima legal permitida, por lo que no hay lugar a revocar las condenas impuestas en primera instancia por reliquidación de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social.

Ahora bien, no desconoce esta Corporación que los pagos realizados por ambos empleadores al sistema de seguridad social se hicieron sobre un SMMLV completo (f.º 46-47 exp. Físico); no obstante, esto no los exime de realizar el aporte en la proporción faltante, como quiera que lo pagado como auxilio de rendimiento mes a mes a la trabajadora y que completaba el SMMLV también constituye salario porque este retribuía directamente su gestión que era las ventas (Artículo 127 del CST, subrogado por el 14 de la Ley 50/90), por ende, los aportes ya realizados se entienden pagados sobre esos conceptos, más no sobre el salario básico completo como realmente correspondía.

Por último, frente a las costas objeto de recurso por parte de la Sociedad Dinastía Ríos Ltda., advierte esta Sala de conformidad con el numeral 1 y 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas

a la parte vencida en el proceso o cuando las pretensiones prosperen parcialmente el juez podrá abstenerse de condenar en costas, es decir, que en este último caso es facultativo del juez condenar o no en costas, más no obligatorio no impartir condena por ese concepto. Así, dadas las resultas del proceso de primera instancia, en donde resultó vencida en juicio la Sociedad Dinastía Ríos Ltda., era viable jurídicamente condenarla en costas, no siendo de recibo los argumentos de la recurrente sobre este particular.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en todos los aspectos apelados.

### **COSTAS**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de la sociedad Dinastía Ríos Ltda., y los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva, como quiera no prosperaron los recursos formulados.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia, cargo de la sociedad Dinastía Ríos Ltda., y los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la sociedad Dinastía Ríos Ltda., la suma de \$1.160.000, y de los demandados Luz Miriam Cadena Castro y Gilberto Pereira Silva la suma de \$1.160.000 entre los dos.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**

Libertad y Orden

**Rama Judicial**  
**Tribunal Superior del Distrito Judicial**  
**Bogotá D. C.**  
**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	110013105037202000102-01
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	JERÓNIMO ALBERTO MOVILLA BELLO
<b>DEMANDADO</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:****ANTECEDENTES**

Pretende el señor Jerónimo Alberto Movilla Bello se **declare** que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, se condene a Colpensiones a reliquidar su primera mesada pensional teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 78% y un IBL conformado por los últimos 10 años de aportes, a las diferencias que surjan, a las mesadas adicionales de junio y diciembre incluyendo los reajustes anuales, a los intereses moratorios, a la indexación, ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 5-7 exp físico), señaló en síntesis, nació el 13 de agosto de 1950, que se afilió por primera vez al ISS para los riesgos de vejez y muerte en el año 1975, que la última cotización que realizó fue en el mes de junio de 2005, acumulando 1.040 semanas; que mediante Resolución 101184 del 14 de marzo de 2011, el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez en cuantía de \$785.100 efectiva a partir del 01 de marzo de ese año, en esta se tuvo en cuenta 1.026 semanas, una tasa de reemplazo del 75%, y un IBL de

\$1.046.800, omitiéndose calcular este sobre el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios, norma que le resultaba más favorable.

Narró que, el 01 de octubre de 2018, solicitó ante Colpensiones la reliquidación de su pensión teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de servicios aplicando una tasa de reemplazo del 78%, pero mediante Resolución SUB659 del 03 de enero de 2019, negó lo peticionado, decisión que se confirmó en la Resoluciones SUB49257 del 26 de febrero de 2019, y DPE1611 del 10 de abril de igual año, donde se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f.º 55-59 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que se afilió al ISS, que le reconoció pensión de vejez en virtud del régimen de transición a la luz del Acuerdo 049 de 1990, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, indicó que no eran ciertos, porque la prestación estaba bien liquidada, conforme el promedio de los salarios reportados en los últimos 10 años de cotizaciones y un 75% de tasa de reemplazo.

Propuso como excepciones de fondo, las de, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de septiembre de 2021 (f.º 156-157 exp. físico), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido propuestas por Colpensiones, de conformidad con la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: ABSOLVER a Colpensiones de las pretensiones formuladas por el señor Jerónimo Alberto Movilla Bello, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.*

*TERCERO: CONDENAR al demandante en costas a favor de la demandada (...).*

El Juzgado, fijó como problema jurídico definir si había lugar a reliquidación de la mesada pensional del actor teniendo en cuenta para ello una tasa de reemplazo del 78% que debe ser aplicada al ingreso base de liquidación de promedio salarial devengado en

los últimos 10 años, sólo si la respuesta era afirmativa, verificaría las diferencias causadas, los reajustes, los intereses moratorios y la indexación.

Señaló que, no había discusión respecto de que, a través de la Resolución 101184 el 14 de marzo de 2011, el ISS le reconoció pensión de vejez al actor, en virtud del régimen de transición bajo las normas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, reconocimiento efectivo a partir del 1° de marzo de 2011, en cuantía inicial de \$785.100; que la demandada mediante Resolución GNR 207863 del 11 de Julio de 2015, reconoció en favor del demandante el incremento en su mesada del 14% y 7% por tener su cónyuge e hijos menores a cargo.

Explicó que, conforme el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación, podía calcularse según fuere el caso, si a la persona le faltaba menos de diez (10) años para adquirir el derecho al 1° de abril de 1994, sería el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, o si le faltaban más de diez (10) años para adquirir el derecho a esa misma data sería conforme el artículo 21 de esa normatividad, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión.

Expuso que, en este asunto correspondía aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, porque el señor Movilla Bello al 1° de abril de 1994, le faltaban más de diez (10) años para adquirir el derecho. Agregó que realizadas las operaciones aritméticas se observaba que el IBL calculado con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, tomando los IBC reportados en la historia laboral, arrojaba \$717.160, cifra respecto de la cual aplicó el 75% e incluso el 78% de tasa de reemplazo, lo que daba una suma bastante inferior a la que había sido reconocida por el ISS al actor, por lo que no había lugar a la prosperidad de las pretensiones.

En cuanto a la tasa de reemplazo, indicó que conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, establecía que la pensión de vejez se reconocerá inicialmente por el 45% teniendo en cuenta una densidad de 500 semanas, porcentaje que incrementaría en un 3% por cada 50 semanas posteriores a las primeras 500 y en todo caso no podría ser superior al 90% del IBL ni inferior a un SMMLV. Añadió que, revisado el material probatorio puntualmente las historias laborales obrantes en el expediente administrativo, se encontraba que el demandante cotizó un total de 1031,43 semanas, las cuales le

permitían tener una tasa de reemplazo del 75% tal como lo había reconocido el ISS, y por ello tampoco había lugar a acceder a la reliquidación de la pensión respecto de ese tema.

Por lo anterior, afirmó que declararía probada la excepción de cobro de lo no debido, y absolvería de las pretensiones de la demanda.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

El **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que era beneficiario del régimen de transición, y que no se había tenido en cuenta que conforme las pruebas obrantes en el expediente si había cotizado más de 1050 semanas en toda su vida laboral, lo que le daba derecho a que le aplicaran una tasa de reemplazo del 78% sobre el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, lo que le resulta mucho más beneficioso.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el actor cumple con las semanas cotizadas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990 para que su pensión de vejez sea reliquidada con una tasa de reemplazo del 78%.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que al señor Jerónimo Alberto Movilla Bello mediante Resolución 101184 del 14 de marzo de 2011, el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta 1.026 semanas, sobre un IBL del \$1.046.800 y una tasa de reemplazo del 75%, lo que arrojó una primera mesada de \$785.100 efectiva a partir del 1° de marzo de 2011; **ii)** que mediante Resolución 08273 del 21 de julio de 2011, se modificó el anterior acto administrativo respecto de que la fecha de reconocimiento de la prestación era a partir del 1° de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$760.977, y para el 2011 de \$785.100; y **iii)** que a través de la Resolución GNR 207863

del 11 de julio de 2015, Colpensiones reconoció el incremento del 14% y 7% por personas a cargo en cumplimiento de una sentencia judicial.

Como quiera que en este caso no hay discusión frente que el actor es beneficiario del régimen de transición y que su prestación pensional se reconoció conforme el Acuerdo 049 de 1990, esta Sala solo verificará si la tasa de reemplazo establecida en el 75% debe modificarse al 78%, conforme lo pretendido en el recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

Así las cosas, la pensión de vejez liquidada a la luz del Acuerdo 049 de 1990, debe tener en cuenta lo establecido en su artículo 20, que literalmente señala:

*ARTÍCULO 20. INTEGRACION DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y DE VEJEZ. Las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán así:*

(...)

*II. PENSION DE VEJEZ.*

*a) Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y,*

*b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.*

(...)

*PARÁGRAFO 2o. La integración de la pensión de vejez o de invalidez de que trata este artículo, se sujetará a la siguiente tabla:*

NUMERO SEMANAS	% INV. P.TOTAL	% INV.P. ABSOLUTA	% GRAN INV.	VEJEZ
500	45	51	57	45
550	48	54	60	48
600	51	57	63	51
650	54	60	66	54
700	57	63	69	57
750	60	66	72	60
800	63	69	75	63
850	66	72	78	66
900	69	75	81	69
950	72	78	84	72
1.000	75	81	87	75
1.050	78	84	90	78
1.100	81	87	90	81
1.150	84	90	90	84
1.200	87	90	90	87
1.250 o más	90	90	90	90

Bajo estos parámetros legales, procedemos a revisar el material probatorio con el fin de verificar cuantas semanas cotizó el actor, y así establecer la tasa de reemplazo que le corresponde.

- En la Resolución 101184 del 14 de marzo de 2011, se tuvieron en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez 1.026 semanas.
- La historia laboral actualizada al 30 de julio de 2015 registra 1.037,14 semanas cotizadas al 31 de agosto de 2010.
- En las Resoluciones SUB659 del 03 de enero de 2019, y SUB49257 del 26 de febrero de 2019, se indicó que tenía 1.035 semanas cotizadas al 31 de agosto de 2010.
- En la Resolución DPE 1611 del 10 de abril de 2019 se determinó que eran 1.037 semanas aportadas al 31 de agosto de 2010.
- La historia laboral actualizada al 09 de abril de 2019 registra 1.037,43 semanas cotizadas al 31 de agosto de 2010.
- La historia laboral actualizada al 10 de marzo de 2021 registra 1.037,43 semanas cotizadas al 31 de agosto de 2010.

Así las cosas, es evidente que las semanas que el actor aportó al ISS hoy Colpensiones fueron solo 1.037,43, lo que conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, corresponde a una tasa de reemplazo del 75%, ya que, para poder alcanzar el 78% debía cotizar como mínimo 1.050 semanas, las cuales no alcanzó, por lo que la pretensión no puede salir airosa .

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia.

### **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de Colpensiones, la suma de \$580.000.

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

RADICADO	110013105001201901333-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL DE FUERO SINDICAL – ACCIÓN PERMISO PARA DESPEDIR
DEMANDANTE	INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC
DEMANDANDO	LUIS ENRIQUE PAVA CERÓN

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC se declare que el demandando, señor LUIS ENRIQUE PAVA CERÓN cuenta con garantía constitucional de fuero sindical en las organizaciones sindicales ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO AST-INPEC y SINDICATO DE TRABAJADORES PROVISIONAL DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO SINTRAPROVINPEC; que por virtud del régimen de personal del Instituto, esto es, literal i) del artículo 49 del Decreto 407 de 1994, y el procedimiento administrativo de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo contenido en la Resolución 004152 del 2 de septiembre de 2019, se declaró la

vacancia del cargo por abandono y retiro del servicio del convocado, en consecuencia, se efectúe el levantamiento del fuero sindical y se conceda permiso para despedir al demandado y éste último sea condenado en costas.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 29-31 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp. digital), señaló que el señor Pava Cerón era titular del cargo denominado Dragoneante código 4114, grado 11, perteneciente a la planta global del INPEC y se encontraba adscrito al Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá – COMEB; que de acuerdo con la constancia del 19 de septiembre de 2019, el llamado a juicio contaba con garantía constitucional de fuero sindical por los sindicatos Asociación Sindical de Trabajadores del Sistema Penitenciario y Carcelario, AST-INPEC, en el cargo de vicepresidente y SINTRAPROVINPEC, en el cargo de segundo suplente.

Narró que el 1º de abril de 2019, el director de COMEB informó que el señor demandado no asistió a laborar durante el periodo comprendido del 1º al 27 de marzo del mismo año sin justificar la ausencia y que el 8 de abril de la misma anualidad, la Subdirección de Talento Humano del INPEC dio inicio a la actuación administrativa de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo, proceso del que se envió notificación el 12 de junio de igual año mediante remisión de la citación a la dirección de domicilio del demandado.

Indicó que, el 17 de julio de 2019, la EPS Sanitas dio contestación a la solicitud de reporte de incapacidades del señor Pava Cerón indicando que para las fechas de ausentismo no existía registro de incapacidades médicas y el 25 de julio del 2019, Positiva Compañía de Seguros informó que tampoco registraba enfermedad o accidente laboral para ese mismo lapso.

Expresó que, el 22 de agosto se notificó por aviso al demandado para que en el término de 10 días justificara su ausencia laboral y que el 6 de septiembre de 2019 la dirección de COMEB informó que el señor Pava no presentó ninguna prueba.

Sostuvo que, el 2 de septiembre de 2019, el director general del COMEB expidió la Resolución 004152 por medio de la cual se declaró vacante el cargo y se retiró del servicio al señor Pava Cerón y que el 8 de octubre del 2019, se emitió la constancia secretarial en la que informaron que la resolución mencionada sería publicada en la cartelera del establecimiento y en la página web del instituto y que así se procedió, pues a partir del 9 de esa misma calenda se fijó aviso por 5 días hábiles por los medios mencionados, por ende, que el día 16 se desfijó el aviso a las 5:00 pm y finalmente, que el 1° de noviembre de 2019, se verificó que el demandado no interpuso recurso contra la resolución 4152 por lo que, el 1° de noviembre de 2019, la subdirectora de talento humano expidió constancia de ejecutoria de la misma.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

Por medio de *curador ad litem*, la parte pasiva LUIS ENRIQUE PAVA CERÓN, AST-INPEC y SINTRAPROVINPEC contestaron la demanda (f.° 1-4, archivo 03, carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de esta. En cuanto a los hechos aceptaron el cargo y la dependencia del INPEC a la que pertenecía. Sobre los demás manifestaron que no les constaban, y que «*me atengo a lo que se pruebe*».

Formularon las excepciones de mérito de prescripción por falta de notificación del auto admisorio de la demanda a los demandados, prescripción y caducidad de la acción de levantamiento de fuero sindical, incumplimiento de los requisitos para el levantamiento de fuero sindical y la genérica.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 16 de marzo de 2023, resolvió:

**PRIMERO: CONCEDER** al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC el levantamiento de fuero sindical, al señor LUIS ENRIQUE PAVA CERON, identificado con la C.C No. 1.069.723.537 conforme a la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO: CONCEDER** el permiso para despedir al señor LUIS ENRIQUE PAVA CERON, identificado con la C.C No. 1.069.723.537 conforme a la parte motiva de la presente decisión

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por el CURADOR AD LITEM de: prescripción por falta de notificación del auto admisorio de la demanda a los demandados; prescripción y caducidad de la acción de levantamiento de fuero sindical; incumplimiento de los requisitos para el levantamiento de fuero sindical y la genérica, por ser vencido en juicio.

**CUARTO:** Sin costas en esta primera instancia, dado el resultado de la decisión y por estar representado por CURADOR AD LITEM la parte demandada.

El A quo fijó como problema jurídico determinar si había lugar o no a autorizar el levantamiento del fuero sindical del señor Luis Enrique Pava Cerón.

Empezó por estudiar la definición de fuero sindical de acuerdo con lo normado en el artículo 405 del CST, para luego recordar que las personas amparadas por esta figura eran los integrantes de la junta directiva sin pasar de cinco principales y cinco suplentes y los miembros de la comisión estatutaria de reclamos designada por la organización sindical que agrupara el mayor número de trabajadores. También rememoró que la norma preceptúa que para poder finalizar el contrato de trabajo a un empleado aforado era necesario el permiso del juez laboral con el cumplimiento de las condiciones descritas en el artículo 410 del CST, esto es, que existiera una justa causa de las enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST.

Expuso que, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el tema objeto del sub lite y transcribió un aparte de la providencia C-033 de 2021 para luego resaltar que la garantía para los miembros de la junta directiva es exigible desde la notificación del nombramiento de que trata el artículo 363 del Código Sustantivo del Trabajo y lo ampara por el tiempo que dure su mandato y por tres meses más. También refirió que esta garantía impone al empleador la obligación de calificación judicial previa la terminación del vínculo laboral de un aforado so pena de que proceda el reintegro.

Refirió que, para el *sub judice* no era procedente la declaratoria de confeso de la parte demandada pues, esta se abstuvo de contestar la demanda y estaba siendo

representada por curador *ad litem*, circunstancia en la que no había lugar a la aplicación de esta figura y reforzó su dicho en jurisprudencia como la CSJ SL16110-2015 de la cual transcribió un aparte.

Indicó que, del análisis de la totalidad de pruebas allegadas al proceso se podía concluir que al demandado Pava Cerón se le concedió una licencia no remunerada desde el 1° de enero hasta el 28 de febrero del año 2019; que posteriormente presentó ausencia desde el 1° de marzo del mismo año hasta el día 27 del mismo mes; que había suficiente material probatorio según el cual la accionante intentó comunicarse con él, como la notificación de la suspensión de la remuneración salarial o los cuatro intentos que se realizaron de comunicación por correo electrónico para solicitarle justificación por la ausencia del mes de abril y mayo y que luego de esto, el empleador procedió con el trámite disciplinario por la injustificada inasistencia del señor Pava, proceso que finalizó con la expedición de la Resolución 004152 del 2 de septiembre de 2019, en la que se resolvió retirarlo del servicio y descontar de su liquidación o iniciar el cobro correspondiente de los emolumentos que hubiesen sido pagados a favor del demandado en los días en que este no se presentó a laborar.

Sostuvo que, estaba debidamente probada la falta disciplinaria por parte del demandado pues no justificó su ausencia, mientras que por su lado el INPEC, de manera imperiosa, solicitó a la EPS y a la ARL a las que se encontraba afiliado el demandado que informaran si se presentaba alguna incapacidad o enfermedad para las fechas de inasistencia y obtuvo respuesta negativa por parte de ambas, deduciendo que el empleador brindó todas las garantías legales, tales como debido proceso, defensa y contradicción para evitar algún tipo de vulneración por lo que, autorizó el levantamiento del fuero sindical y concedió el permiso para despedir al demandado.

Frente a la excepción de prescripción por falta de notificación del auto admisorio de la demanda a los demandados, explicó que el INPEC procedió en debida forma a realizar dicha notificación y allegó soportes de esto de acuerdo con los artículos 291 y 292 del CGP y con lo reglado por el Decreto 806 de 2020 por lo que, la despachó

desfavorablemente y, por el resultado del proceso, procedió igual con el resto de los medios exceptivos propuestos.

Finalmente expuso que, sería del caso condenar en costas al demandado pero que en vista de que la representación la estaba adelantando un *curador ad litem* no habría lugar a imponerlas.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Las partes procesales se abstuvieron de interponer recurso de apelación y, por las resultas del plenario, el *a quo* ordenó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

### **CONSIDERACIONES**

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada, acorde con el artículo 69 del CPTSS, debiendo determinarse, como problema jurídico, si se encuentra demostrada por parte del empleador la justa causa invocada, para proceder o no a levantar el fuero sindical, con el fin de conceder el permiso para despedir al demandado.

### **DE LA RELACIÓN LABORAL**

Está demostrado que el señor Luis Enrique Pava Cerón era titular del cargo denominado Dragoneante código 4114, grado 11, perteneciente a la planta global del INPEC, adscrito al Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá – COMEB.

### **EXISTENCIA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL**

La existencia de la organización sindical denominada ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO AST-INPEC,

de primer grado y de industria, con domicilio en Soacha Cundinamarca, y con numero de registro 051 del 04 de octubre de 2016, fue acreditada con la constancia de registro de acta de constitución que obra en el Ministerio del Trabajo (f.º 26 archivo 01, carpeta 1ª ins, exp. digital), ajustándose a las exigencias previstas por el artículo 364 y SS del CST.

También se allegó constancia de registro de modificación de la junta directiva y/o comité ejecutivo de la organización sindical denominada SINDICATO DE TRABAJADORES PROVISIONAL DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO SINTRAPROVINPEC (f.º 24-25 archivo 01, carpeta 1ª ins, exp. digital).

Siendo de conocimiento de la demandante la existencia de esas organizaciones, toda vez que desde el escrito de la demanda así lo reconoce, al indicar en tal texto, que el demandado tenía garantía foral con las organizaciones sindicales ASOCIACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO AST-INPEC y SINDICATO DE TRABAJADORES PROVISIONAL DEL SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO SINTRAPROVINPEC, por lo que se advierte cumplidos los parámetros del artículo 363 del CST.

### **DEL FUERO SINDICAL**

De acuerdo con el artículo 406 del CST los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical son:

1. Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.
2. Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
3. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y

cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

4. Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más.

Según certificación expedida por talento humano del INPEC, el señor Luis Enrique Pava Cerón tenía garantía foral en las siguientes organizaciones (f.º 22 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital):

Grado	NOMBRE DE LA ORGANIZACIÓN	CARGO	NUMERO Y FECHA DE LA CONSTANCIA
Primer Grado	Asociación Sindical de Trabajadores del Sistema Penitenciario y Carcelario INPEC "AST - INPEC" – Junta Directiva Nacional	Vicepresidente	A – 51 – del 04 de octubre de 2016
Primer Grado	Sindicato de Trabajadores Provisionales del Sistema Penitenciario y Carcelario "SINTRAPROVINPEC" Seccional Regional Central	Segundo Suplente	A – 6 – 26 de febrero de 2018

Por ende, el aquí demandado se encuentra amparado por la garantía foral, como quiera que desde el 04 de octubre de 2016, es el vicepresidente de la Junta Directiva organización sindical AST-INPEC, y desde el 26 de febrero de 2018 es el segundo suplente en la junta directiva de SINTRAPROVINPEC y estos nombramientos eran de conocimiento de la demandante INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC.

### **DEL PERMISO PARA DESPEDIR**

El artículo 38 de la Constitución Política de Colombia establece como derecho fundamental la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, el derecho fundamental «*a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado*» de con acuerdo artículo 39 de la misma carta magna.

Los convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia, el primero sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación donde, entre otras cosas, cada estado miembro se obligó a adoptar *«todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación»*, y el segundo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual establece básicamente que los trabajadores y las organizaciones de trabajadores y empleadores deben gozar de una adecuada protección contra todo acto: *i) de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; y ii) de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.*

Así, en nuestra legislación laboral, entre otros mecanismos de protección en favor de los trabajadores, y los integrantes de una organización sindical, encontramos el fuero sindical, el cual está definido en el artículo 405 del CST, como una garantía de la *«que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo»*.

Acorde con lo anterior, en caso de que un empleador despidiera o pretenda despedir, desmejore o traslade a un trabajador que goza de la garantía foral, puede verse inmerso en cualquiera de las siguientes consecuencias jurídicas, a saber:

1. El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
2. La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.
3. Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

El presente asunto se ubica en el escenario tercero, ya que, el empleador pretende que se levante el fuero sindical y se otorgue la autorización para despedir al trabajador Luis Enrique Pava Cerón. En ese sentido el legislador también se ocupó de regular en el artículo 410 del CST las justas causas que puede invocar el empleador a fin de que el juez otorgue el mencionado permiso, tales como: «a) *La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y b) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato*».

No obstante, en este caso se trata de los empleados públicos del INPEC que tienen un régimen de personal especial regulado en el Decreto 407 de 1994, en donde puntualmente en el artículo 49 y 61 se estableció:

**ARTÍCULO 49. CAUSALES DE RETIRO.** *Son causales de retiro para los empleados del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, las siguientes:*

(...)

**i) Abandono del cargo:**

(...)

**ARTÍCULO 61. RETIRO POR ABANDONO DEL CARGO.** *El abandono del cargo se produce cuando un empleado sin justa causa:*

1. *No reasume sus funciones al vencimiento de una licencia, permiso, vacaciones, comisión o dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento de la prestación del servicio militar.*
2. *Deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos.*
3. *No concurra al trabajo antes de serle concedida autorización para separarse del servicio o en caso de renuncia antes de vencerse el plazo de treinta (30) días.*
4. *Se abstenga de prestar el servicio antes de que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo.*

**PARAGRAFO.** *Comprobados cualquiera de los hechos de que trata este artículo, la autoridad nominadora declarará la vacancia del cargo previo los procedimientos legales.*

**DE LA JUSTA CAUSA**

La parte demandante en el *sub lite* invoca el abandono del cargo del Dragoneante Luis Enrique Pava Cerón, para lo cual sostuvo que el demandado no asistió a laborar durante el periodo comprendido del 1° al 27 de marzo de 2019, sin justificar la ausencia, lo que se enmarcaba en el literal i) del artículo 49 y 61 del Decreto 407 de 1994.

De las pruebas obrantes en el expediente y según el contenido de la Resolución 004152 del 02 de septiembre de 2019, por medio de la cual se declaró vacante el cargo del demandado por abandono del cargo, Talento Humano del INPEC el 08 de abril de 2019, dio inicio a una actuación administrativa de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo en contra del señor Pava Cerón, y se ordenó su notificación, dándole un término de diez (10) días para que justificara su ausencia laboral; que en aras de garantizar el debido proceso el funcionario fue notificado por aviso del inicio de la actuación, diligencia que se surtió el 22 de agosto de 2019, pero pasados los términos el señor Pava Cerón no allegó siquiera prueba sumaria o documento alguno que permitiera justificar su ausentismo. En dicho acto administrativo también se dijo que se había solicitado a la EPS Sanitas y a la ARL Positiva, certificado de incapacidades del año 2019 del señor Pava Cerón, pero que ambas entidades indicaron que no había registro por incapacidades para ese afiliado.

Por lo anterior, en esa resolución se declaró vacante por abandono del cargo denominado Dragoneante código 4114, grado 11 de la planta global del INPEC del cual era titular el señor Luis Enrique Pava Cerón, y en consecuencia se le retiraba del servicio.

El 08 de octubre de 2019, se realizó constancia secretarial (f.º 15, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), respecto de que: *i)* la Resolución 004152 del 02 de septiembre de 2019 se había publicado en la cartelera de información de ERON y en la página web del INPEC; *ii)* que el oficio del 08 de abril de 2019, por medio del cual se inició a una actuación administrativa de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo en contra del señor Pava Cerón se había notificado el 12 de junio de 2019, a la dirección de residencia registrada en la hoja de vida de ese funcionario, pero la

empresa 4/72 no lo pudo entregar, y dejó la observación «desconocido»; y *iii*) que se hacía necesario publicar la Resolución 004152 del 02 de septiembre de 2019 por medio de aviso por el término de cinco (5) días hábiles de conformidad con el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011.

El anterior aviso se fijó por el término de cinco (5) días hábiles en la cartelera de información de ese complejo y en la página web del INPEC, desde el 09 hasta el 16 de octubre de 2019 (f.º 16-18, archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital). Y finalmente el 12 de noviembre de 2019, se expidió constancia de ejecutoria de la Resolución 004152 del 02 de septiembre de 2019.

Conforme lo anterior, evidencia esta Sala que al demandado su empleador le respetó el derecho al debido proceso, de defensa y contradicción, dado que el oficio del 08 de abril de 2019, por medio del cual se inició a una actuación administrativa de declaratoria de vacancia por presunto abandono del cargo en contra del señor Pava Cerón fue publicada y notificada en debida forma conforme los datos que el funcionario tenía registrados en su hoja de vida, al igual que la decisión tomada en la Resolución 004152 del 02 de septiembre de 2019; sin embargo, fue este quien guardó silencio, al punto que notificado en debida forma de esta acción tampoco se hizo presente a defender sus intereses y por ello terminó siendo representado a través de curador *ad litem*.

## **DE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

El artículo 118 A del CPTSS adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001, frente a este puntual asunto, señala:

*ARTÍCULO 118-A. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.*

(...).

Sobre la norma transcrita la Corte Constitucional realizó un estudio de inconstitucionalidad en la sentencia C-381 del 2000, en donde explicó:

*Por ende, y en aras de la naturaleza de la norma en mención, considera esta Corporación que el empleador cuando decida interponer la acción de levantamiento del fuero sindical, deberá hacerlo inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador. Esto surge necesariamente del sentido normativo que se desprende del artículo 39 de la Carta, del artículo 25 de la misma y del Convenio 98 de la O.I.T., que garantizan una protección real y efectiva al fuero sindical, teniendo en cuenta que el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración.*

Entonces, es claro que el término prescriptivo de la acción de levantamiento del fuero sindical debe contarse desde la fecha en que el empleador tuvo conocimiento del hecho que invoca como justa causa para despedir.

En el presente asunto el hecho que se invoca para terminar el nombramiento del demandado es la investigación que se realizó a través de la actuación administrativa que se adelantó y terminó con la expedición de la Resolución 004152 del 02 de septiembre de 2019 la cual quedó ejecutoriada a partir del 1° de noviembre de igual año, y esta acción se radicó el 13 de diciembre de 2019, es decir, dentro del término señalado por la norma.

Sumado a lo anterior se observa que la presente acción fue admitida por el juez de instancia el 16 de diciembre de 2020 (f.º 76 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), y notificada a través de correo electrónico conforme el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, el día 03 de marzo de 2021 al demandado y a SINTRAPROVINPEC, esto es dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio al demandante (artículo 94 del CGP), y en consecuencia, el fenómeno de la prescripción no operó.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado.

### **COSTAS**

Sin costas en esta instancia, dado que se estaba conociendo en grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto el 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 consultada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
**Magistrada**

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310501220210017701
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	MARÍA LUCÍA VALLEJO PELISSIER
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **María Lucía Vallejo Pelissier** que se **declare** la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Protección S.A., el día 29 de julio de 1998 por la omisión al deber de información en que incurrió esa administradora de fondos privados. En consecuencia, pretende que se **ordene** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos, intereses y rendimientos causados y que a su vez se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 8- 15 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que nació el 18 de julio de 1968; que realizó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPM) administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones desde el 06 de octubre de 1994, hasta el 18 de enero de 1996; que fue trasladada al RAIS con Protección S.A. a través de formulario de

afiliación del 29 de julio de 1998, documento que no contaba con su firma; que el formulario fue diligenciado de forma incorrecta como una vinculación inicial cuando se trataba de un traslado de régimen pensional; que la AFP Protección S.A. no le suministró una asesoría profesional, clara, completa, suficiente y oportuna que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos de trasladarse al RAIS; que tampoco le informó sobre la prohibición de trasladarse dentro de los 10 años próximos a cumplir la edad para pensionarse y que no se encontraba pensionada por vejez o invalidez.

Adujo que, mediante escritos del 20 de noviembre de 2022, 2 de diciembre de 2020, 9 de marzo de 2021 y del 16 de marzo del mismo año, solicitó ante Colpensiones y Protección S.A. la anulación de su afiliación al RAIS y el retorno al RPM, requerimientos que fueron despachados de forma negativa por ambas entidades; que la AFP Protección S.A. le efectuó una proyección pensional en la que se indicaba que su mesada pensional ascendería a \$877.803, mientras que en el RPM su mesada sería de \$1.593.703.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f° 2 - 12 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 18 de julio de 1958, que realizó cotizaciones al ISS desde el 16 de octubre de 1994 hasta el 18 de enero de 1996, que los días 20 de julio de 2020 y 16 de marzo de 2021 ésta presentó ante Colpensiones solicitudes encaminadas a que se anulara su afiliación al RAIS y se le trasladara al RPM, las cuales fueron contestadas negativamente por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó no contestarles.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 3 a 20 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó que la demandante nació el 18 de julio de 1968; que efectuó solicitud de vinculación y traslado a Protección S.A. a través de formulario de afiliación del 29 de julio de 1998; que tal documento no estaba firmado por la actora y que fue diligenciado de forma incorrecta al indicarse que se trataba de una afiliación inicial y no de un traslado.

Manifestó que, era cierto que a la fecha de la presentación de la demanda la actora continuaba afiliada a Protección S.A.; que no estaba pensionada por invalidez o

vejez; que los días 02 de diciembre de 2020 y 09 de diciembre de 2021, la demandante presentó ante Protección solicitudes encaminadas a que anulara su afiliación al RAIS y se le trasladara al RPM, las cuales fueron contestadas negativamente por esta entidad y que la AFP efectuó proyección pensional que consignaba que su mesada ascendería a \$877.803. Respecto de los demás hechos, mencionó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de julio de 2022 (archivo 15 - carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora MARÍA LUCÍA VALLEJO PELISSIER, identificada con C.C. No 51.960.618 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. el 30 de julio de 1998, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MARÍA LUCÍA VALLEJO PELISSIER al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto.*

*TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA LUCÍA VALLEJO PELISSIER tales como como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*

*CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCIÓN S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora MARÍA LUCÍA VALLEJO PELISSIER al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.*

*SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.*

**Para Fundamentar su decisión,** sostuvo que sobre la ineficacia del traslado por falta al deber de información la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL4629-2016 y SL1452-2019, entre otras, indicó que es obligación de los fondos privados suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión del cambio de régimen, anteponiendo incluso los derechos del trabajador, sobre su interés propio de ganar de un afiliado; que el hecho de diligenciar un formulario de afiliación, no significa, per se, que el traslado se hubiese realizado de manera libre, voluntaria e informada, que no se requería que quien alegue la nulidad o ineficacia tuviese una expectativa legítima de pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición, agregando que eran estas entidades las que tenían la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información.

Expresó que, estaba acreditado que la demandante cotizó al ISS desde el 06 de octubre de 1994 al 31 de enero de 1996; que ella solicitó el traslado al RAIS a través de Protección S.A. con la firma de un formulario de la afiliación del 30 de julio de 1998; que en el interrogatorio de parte rendido por la actora no se desprendía confesión alguna, pues ni siquiera tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en ambos regímenes.

Indicó que, del formulario de afiliación se denotaba que la demandante al momento de afiliarse al RAIS lo hizo de manera libre y espontánea; sin embargo, ello no significa que hubiese recibido información suficiente por parte de la administradora respecto de las consecuencias que llevaba su decisión, pues Protección estaba obligada de informarle de las ventajas y desventajas de su traslado, las pérdidas o ganancias que pudiera tener respecto de los rendimientos de los aportes, la redención de los bonos pensional, casos en los que procede la devolución de aportes, modalidades de la pensión, requisitos para acceder a ella, entre otros.

Dijo que, tampoco se evidencia que se le haya indicado la forma en la que se debía calcular el monto de la pensión y que porcentaje del aporte entraría a la cuenta y cual se destinaria para gastos de administración y seguros previsionales entre otros; señaló que si bien la demandante para el momento del traslado era mayor de edad y capaz, ello no implica que tuviera conocimiento del tema y mucho menos se puede dar por cierto que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen, pues para ello estaba el asesor.

Consideró que, no se afecta la estabilidad financiera del sistema, como quiera que la ineficacia del traslado implica entre otras cosas, el traslado por parte de la AFP de los dineros, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos, y mermas sufridas en el capital destinado para la financiación de la pensión

de vejez, y gastos de administración con todos sus frutos e intereses, con los cuales se cubrirán las prestaciones a que haya lugar.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada al considerar que con la nulidad o ineficacia de la afiliación, se persigue en esencia un derecho pensional, el cual es imprescriptible, por lo que someter su reclamación a un periodo de tiempo afectaría los derechos fundamentales del afiliado, así como tampoco los emolumentos que deben trasladar como consecuencia de la ineficacia en la medida que financiaran las prestaciones a que haya lugar en el RPM.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitado que se revocara integralmente la sentencia de primera instancia. Para tal efecto, argumentó que en este caso no existía duda sobre el deseo de la trabajadora de pertenecer al RAIS, dado el tiempo que permaneció afiliada sin ejercer reparo o cuestionamiento alguno; que con la decisión del a quo se está transgrediendo el principio de sostenibilidad fiscal, en virtud del cual el legislador previó en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003, la prohibición legal de efectuar un traslado dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse, de modo que pasar por encima de tal disposición atentaría contra el derecho a la pensiones de las personas que sí han cotizado de manera permanente en el RPM; que se debía revocar la condena en costas contra Colpensiones, debido a que esta entidad actuó de buena fe y no intervino en el acto declarado ineficaz.

## **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, así como los gastos de administración y demás deducciones efectuadas por la AFP.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i*) que la señora **María Lucía Vallejo Pelissier** nació el 18 de julio de 1968 (f°80 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii*) que se afilió y cotizó al ISS desde el 06 de octubre de 1994, hasta el 31 de enero de 1996, un total de 62,43 semanas (archivo 07 carpeta ExpedienteAdministrativo HL primera. inst. exp. digital); y *iii*) que el 29 de julio de 1998, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de agosto de 1998** (f.°22 archivo 08., carpeta 1ª inst. exp. digital), donde ha venido cotizando hasta la fecha.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que la afiliada tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

*Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de agosto de 1998**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003–, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Se advierte que Protección S.A. solo allegó como pruebas un formulario de afiliación **sin firma de la demandante**, el certificado de consulta SIAFP y su historia laboral, documentos en los cuales no se evidencia que la actora hubiese si quiera consentido el traslado al RAIS, como quiera que la solicitud de afiliación no contiene su firma manuscrita como muestra de su voluntad de cambiarse de régimen y tampoco se aporta otro medio de convicción que lleve a concluir que le hubiese ilustrado de forma suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Sin perjuicio de ello, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse

su decisión en lo relativo a este punto. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

*Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).*

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

*Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere*

*incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.*

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), cuestión que no fue ordenada en su integridad por el a quo.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019), por lo que no prospera el reparo formulado por aquella administradora en ese sentido.

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

## **COSTAS**

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Protección S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

En esta misma línea, se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

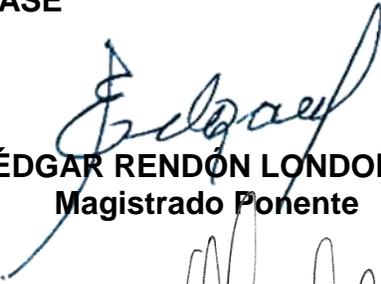
## **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



Libertad y Orden

**Rama Judicial**  
**Tribunal Superior del Distrito Judicial**  
**Bogotá D. C.**  
**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310501320190059702
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	CARMEN SUSANA YAZO CORONADO
<b>DEMANDADO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES</li> <li>- SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.</li> <li>- ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.</li> </ul>

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

La señora **CARMEN SUSANA YAZO CORONADO** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Skandia S.A., por el incumplimiento del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones los aportes, rendimientos, comisiones, bonos pensionales que se encuentren en su cuenta de ahorro individual y a su vez a la administrado pública a recibir tales dineros y a actualizar su historia laboral; que se condene a las demandadas a lo que resulte probado extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f°8-27 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 02 de noviembre de 1965; que laboró con diferentes empleadores donde cotizaba al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de

febrero de 1986, al 06 de marzo de 1996, donde acumuló 202,57 semanas; que el 01 de septiembre de 1996, se trasladó a la AFP Pensionar hoy OLD Mutual- Skandia; que al momento del traslado la mentada AFP no le informó sobre sus implicaciones, la naturaleza del RAIS, las ventajas o desventajas de ambos regímenes y, en general, no le suministró una asesoría profesional, completa y comprensible sobre las alternativas pensionales.

Dijo que, el día 02 de abril de 2019, presentó ante Colpensiones y Old Mutual solicitudes encaminadas a que se anulara su afiliación al RAIS por vicios en el consentimiento y a que se le trasladara al RPM, frente a lo cual OLD mutual le manifestó que ello no era procedente.

### CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** contestó (f°89-69 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació 02 de noviembre de 1965; que efectuó cotizaciones a Colpensiones entre el 21 de febrero de 1986, y el 06 de marzo de 1996, acumulando un total de 211,57 semanas y que el 02 de abril de 2019, la demandante presentó ante esta entidad una solicitud de anulación de su afiliación al RAIS y retorno al RPM. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que le constaban.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

El *a quo*, mediante auto del 20 de abril de 2021, dispuso vincular como litisconsorcio necesario a la AFP **PROTECCIÓN S.A.** toda vez que consideró que de las pruebas que obraban en el expediente se avizoraba que la demandante estuvo vinculada a la mentada AFP.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 169 a 188 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo aceptó que la demandante nació el 02 de noviembre de 1965. Respecto de los demás, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia

de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá por medio de auto del 07 de julio de 2022, dispuso tener por no contestada la demanda por parte de la **AFP SKANDIA S.A.**, debido a que no se aportó el poder que acreditaba la calidad de mandatario judicial del profesional que allegó escrito de pronunciamiento a la demanda. Contra esta decisión no se presentó recurso alguno.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de diciembre de 2022 (archivo 07-09 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Carmen Susana Yazo Coronado a la AFP Skandia S.A., el 1º marzo de 1996, y de contera el realizado el 7 de julio de 1999 y el 28 de febrero de 2007, por las razones antes expuestas.*

*SEGUNDO: CONDENAR a Skandia S.A. y Protección S.A. a devolver a Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que tenga cada una en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente.*

*TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a tener como afiliado al actor, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral del demandante, conforme a lo antes visto.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Colfondos S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia en favor de la demandante, la suma de un millón de pesos (\$1'000.000).*

*SEXTO: Por haber sido condenada Colpensiones y fungir la Nación como garante, REMÍTASE el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en grado jurisdiccional de consulta en su favor.*

Para **fundamentar su decisión**, argumentó que tanto el artículo 11 del Decreto 962 del 1994, como el literal b) del artículo 13 de la Ley de 100 de 1993, establecían que la selección de cualquier régimen pensional debía ser libre y espontánea por parte del afiliado; que el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra ese derecho de libre elección, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto.

Resaltó que, la Sala Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL12137-2014 y CSJ SL1637-2022, ha hecho énfasis en la importancia de que la escogía del régimen pensional esté precedida de una decisión informada. Destacó que esta Alta Corporación ha considerado que las administradoras de pensiones se ubican en el campo de la responsabilidad profesional; que en consecuencia, se encuentran compelidas a brindar sus servicios de manera eficaz y eficiente, lo que les impone, entre otros deberes, el de suministrar la debida información a los afiliados en todas las etapas, incluida la antesala de la afiliación. Arguyó que, la información que deben trasladar esas entidades debe ser completa y comprensible y debe contener todos los pormenores de los regímenes, tanto de los benéficos como de los aspectos negativos de cada uno, pues de lo contrario, se estaría transgrediendo el derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados.

Dijo que, las AFPs eran entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y que conforme al numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, debían suministrar a los usuarios de sus servicios, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaban, de suerte que les permitieran a través de elementos de juicio claros y objetos escoger la opción que mejor les convenga. Indicó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en diversos pronunciamientos, ha señalado que las AFPs faltaban al deber de información cuando omitían poner en conocimiento de los afiliados las desventajas del régimen al que pretenden trasladarse y ocultaban los requisitos o condiciones requeridas para obtener las prestaciones de cada régimen.

Expuso que, Skandia S.A. era quien tenía la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues lo alegado por la actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a Skandia S.A.

Determinó que, con las pruebas obrantes en el expediente, no era posible establecer que Skandia S.A. en el año 1996, le hubiese expuesto a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, así como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, pues para demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como tampoco que le hubiesen informado algunas de las ventajas del RAIS. Señaló además, que del interrogatorio practicado a la demandante no

se obtuvo confesión alguna, pues está indicó no saber cuáles eran las desventajas del RAIS, ni los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas.

Con base en lo expuesto, concluyó que debía declararse la ineficacia de la afiliación del año 1996, sin que cambie dicho panorama el hecho de que la afiliada no hubiese solicitado el cambio de régimen 10 años antes de cumplir la edad para pensionarse, pues ello en nada varía la situación ocurrida al efectuar el traslado de régimen.

Manifestó que, si bien estaba demostrado que en este caso la actora había efectuado traslados horizontales a Protección S.A. para retornar posteriormente a Skandia, lo cierto era que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha precisado que los traslados posteriores no subsanan las falencias del traslado inicial, por lo que se debería declarar la ineficacia de todas las vinculaciones que se efectuaron entre administradoras del RAIS.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable; que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia, solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, manifestó que no era un capricho de esta entidad negarse a recibir a la demandante como afiliada, debido a que la misma se encontraba dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, restricción que creó el legislador justamente para evitar la descapitalización del sistema pensional; que la actora tenía la voluntad de permanecer al RAIS, muestra de ello era que por más de 20 años estuvo vinculada, sin manifestar su ánimo de retornar al RPM y, por el contrario, efectuó sendos traslados al interior del mismo RAIS. Arguyó que el traslado efectuado a Skandia en el año 1996, cumplía con las exigencias y requisitos vigentes para esa época, como lo era la firma del formulario de afiliación y que el dinero que sería reembolsado a Colpensiones no satisfacía el gasto en que tendría que incurrir para reconocer una eventual pensión de vejez a la actora, cuestión que atentaba contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

**SKANDIA** presento recurso de apelación parcial respecto de la orden de efectuar la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y demás conceptos, toda vez que la Ley de manera clara establece que los gastos de administración corresponden a una contraprestación por la debida gestión de la administradora, que fue adelantada de manera adecuada por la AFP y muestra de ello fueron los rendimientos obtenidos; dijo además que, resulta improcedente la devolución debido a que los mismos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que no es dable ordenar su reembolso cuando se efectúa el traslado de régimen.

Finalmente, adujo que si eventualmente se llegare a confirmar la decisión de ordenar el reembolso de los gastos de administración se debía declarar la prescripción sobre los mismos, debido a que corresponden a derechos de carácter crediticio que no pertenecen a la cuenta de ahorro de la actora, por lo que son susceptibles del fenómeno prescriptivo.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación parcial presentado por Skandia y el interpuesto por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Skandia S.A. es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales posteriores y si, como consecuencia de ello, hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **CARMEN SUSANA YAZO CORONADO** nació el día 02 de noviembre de 1965 (f° 28, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS hoy Colpensiones desde el 21 de febrero de 1986, hasta el 30 de abril de 1996, un total de 211,57 semanas (archivo GRP-SCH-HL archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 01 de marzo de 1996, solicitó ante Pensionar hoy Skandia S.A. el trasladó al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de noviembre de 1996** (f°79 archivo 03, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, así:

- Mediante formulario del 07 de julio de 1999, se trasladó a Protección S.A. con fecha de efectividad del 01 de septiembre de 1999
- Mediante formulario del 28 de febrero de 2007, se trasladó nuevamente a Skandia S.A. con fecha de efectividad del 01 de abril de 2007, donde continúa afiliada.
- 

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que

el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

*Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de mayo de 1996**–, la obligación de la AFP Skandia S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Skandia S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está

llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz,**

como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retornó al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

*Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).***

*Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*

*Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).*

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), cuestión que no fue ordenada en su integridad por el a quo.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Adicionalmente, se deberá ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el accionante en esta AFP. Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019), por lo que no tiene vocación de prosperidad el reparo que en ese sentido efectuó Colpensiones.

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En este sentido, se despachará desfavorablemente el reparo que en ese sentido efectuó Skandia.

## **COSTAS**

Sobre las costas de esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones y Skandia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

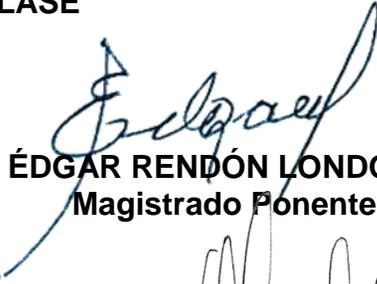
**PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la - **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la demandante en esta AFP.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Skandia la suma de \$1.160.000, para cada una.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310501420200025801
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	AURORA JAIMES AGUILERA
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **Aurora Jaimes Aguilera** que se **declare** la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Protección S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se declare que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) y que nunca se trasladó al RAIS. En consecuencia, pretende que se **condene** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a los recursos de la AFP, sin aplicar ningún descuento y a su vez a Colpensiones recibir tales emolumentos; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló que inició sus aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con el ISS hoy Colpensiones desde el 13 de enero de 1992; que el 11 de septiembre de 1995, suscribió formulario de afiliación a la AFP Protección S.A., debido a que un asesor de esa AFP se presentó en su lugar de trabajo y le indicó que Colpensiones atravesaba problemas financieros, lo que pondría en riesgos sus aportes. Destacó que, al momento del traslado Protección no le informó de manera clara cuáles eran las diferencias entre regímenes pensionales, las ventajas, desventajas y funcionamiento de cada uno y, que en general no le brindó una asesoría veraz, oportuna y objetiva que le permitiera conocer las implicaciones del acto del traslado y los requisitos para acceder a las prestaciones económicas del RAIS.

Afirmó que Protección, con ocasión de una petición que ella formuló, le informó que su mesada pensional ascendería a \$2.268.430 a los 57 años, mientras que de acuerdo con proyección pensional efectuada por actuario particular en el RPM la mesada sería de \$7.110.835, debido a que su ingreso base de cotización ascendía a \$1.112.963. Narró que mediante escritos del 18 y 20 de febrero 2020 solicitó a Colpensiones y a Protección S.A., respectivamente, que anularan su afiliación al RAIS y que la retornaran a RPM, los cuales fueron contestados de forma negativa por ambas entidades.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f° 1 - 29 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante estuvo afiliada al ISS desde el 13 de enero de 1992; que suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el 11 de septiembre de 1995; que a la fecha de la presentación de la demanda la actora cotizaba a la nombrada AFP; que el 18 de febrero de 2020 radicó ante Colpensiones solicitud de anulación de su afiliación al RAIS y retorno al RPM y que tal requerimiento fue contestado de forma negativa. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 1 a 21 archivo 16, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante suscribió formulario de afiliación a Protección S.A. el 11 de septiembre de 1995; que a la fecha de la presentación de la demanda la actora cotizaba a la nombrada AFP; que con ocasión de una petición que ella formuló, Protección le informó que su mesada pensional ascendería a \$2.268.430 a los 57 años; que Protección le mencionó que no era procedente retornar al RPM y le explicó que tendría derecho a una mesada pensional de \$2.570186 mientras que en el RPM ascendería a \$6.616.795. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 28 de octubre de 2022 (archivos 39- 40 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO. – DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante Señora AURORA JAIMES AGUILERA, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A.*

*Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

*SEGUNDO. – ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin desconectar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones.*

*TERCERO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de acción.*

*CUARTO. – CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense*

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que existía una línea jurisprudencial sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ha determinado en sentencias SL 1688-2019 SL 4811-2020 y SL 287 2021, entre otras, que se generaba la consecuencia de la ineficacia del traslado ante el incumplimiento del deber de información

por parte de las AFP, toda vez que por mandato legal éstas tenían la carga de ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado, de manera cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Expuso que, de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se extraían como reglas judiciales que (i) no era necesario que el afiliado fuera beneficiario del régimen de transición para que surgiera la obligación de suministrar la información debida al momento del traslado, debido a que ello era un requisito para la eficacia del acto; (ii) que la AFP tenía la carga el cumplimiento del deber de información cuando se hiciera el cambio de régimen; (iii) que si el afiliado afirmaba no haber recibido la ilustración debida, ello correspondía a un supuesto indefinido que tendría que ser desvirtuado por la AFP a través de medios de convicción suficientes que comprobaran la entrega de una información en los términos previamente indicados y (iv) que ello no se satisfacía a través de allegar al plenario formularios preimpresos en razón a que si bien ese documento acreditaba la existencia de un consentimiento libre de vicio, no demostraba el de uno informado.

Arguyó que, el deber de información a cargo de las AFP existe desde su creación y se encontraba previsto en la Ley 100 de 1993, entre otras disposiciones normativas, que acogía el carácter vinculante de la jurisprudencia previamente mencionada, por lo que lo procedente era estudiar si en el caso bajo estudio, el traslado de la demandante obedeció a una decisión informada, que de acuerdo al momento en que ocurrió, estuviese precedida de una ilustración sobre las condiciones, implicaciones, efectos y riesgos de tal acto.

Indicó que, en este caso estaba por fuera de discusión que la actora nació el 06 de octubre de 1994, por lo que no era beneficiaria del régimen de transición; que el 11 de septiembre de 1995, ella suscribió formulario de afiliación vinculándose a Protección S.A., momento en que tal AFP debió ilustrarla de manera informada; que por el contrario esa entidad no allegó ningún elemento probatorio que demostrara que cumplió con el deber de información, es decir, que le hubiese ilustrado a la accionante sobre las características, diferencias de cada régimen, los riesgos y beneficios de su cambio.

Manifestó que, del interrogatorio de parte absuelto por la afiliada no se obtuvo confesión alguna de la cual pudiera beneficiarse la AFP, por el contrario, la actora ratificó las omisiones en que incurrió esta demandada al momento del traslado, relacionadas con el deber de información, pues se le trasladaron unos datos aislados, insuficientes e incompletos, sin que se le explicara concretamente sobre las condiciones y características para adquirir el derecho a la pensión en uno y otro régimen, modalidades

de pensión, sistema de liquidación y financiación, entre otros aspectos relevantes y se indujo el traslado aduciendo que el ISS iba a desaparecer, por lo que lo procedente era declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS con Protección.

Señaló que, con esta determinación no se afectaba la sostenibilidad del sistema, debido a que se están ordenando la devolución de los aportes efectuados por la demandante y son estos recursos los que ayudarán a financiar su pensión de vejez.

Finalmente, frente a la excepción de prescripción, explicó que como quiera que el asunto debatido comprometía aspectos inherentes al derecho a la seguridad social, el mismo resultaba imprescriptible, pues conforme ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia del traslado podía ser solicitada en cualquier tiempo.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad en la sentencia. Para tal efecto, argumentó que en este caso no era procedente declarar la ineficacia del traslado debido a que el mismo había sido libre y voluntario, cuestión ratificada con las pruebas allegadas al proceso, como por ejemplo el formulario debidamente diligenciado y cuyo contenido fue reconocido por la demandante. Adujo que, en este caso, Colpensiones no podía soportar las consecuencias desfavorables de un acto o contrato en el que no tuvo intervención de ningún tipo, como lo fue el traslado efectuado por la actora, por lo que no debía asumir ningún tipo de responsabilidad; que le correspondía a la demandante demostrar la existencia de un vicio o nulidad, asunto que no estaba probado, por el contrario, lo que se acreditó fue la existencia de su consentimiento con la firma del formulario de afiliación. Finalmente, alegó que la actora se encontraba en la prohibición legal prevista en la Ley 100 de 1993, debido a que ya restaban menos de 10 años para su edad de pensión, restricción que estaba vigente y que había sido prevista por el legislador para evitar la descapitalización del sistema y que había sido desconocida abiertamente por la Juzgadora.

## **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Aurora Jaimes Aguilera** nació el 06 de octubre de 1964 (f°2 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 13 de enero de 1992 hasta el 31 de agosto de 1995 cotizando 93,14 semanas (f°30 archivo 18 inst. exp. digital); y *iii)* que el 11 de septiembre de 1995, solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de octubre de 1995** (f.°32, archivo 03., carpeta 1ª inst. exp. digital), donde se encuentra a la fecha.

### INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que la afiliada tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba

contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

*Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de octubre de 1995-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente al reparo formulado por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022, citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993, se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de

suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] *firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

*Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).*

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por la juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a quo omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019), de modo que no se genera afectación económica alguna a la mentada entidad y por tanto el recurso que en ese sentido formuló no tiene vocación de prosperidad.

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

## **COSTAS**

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

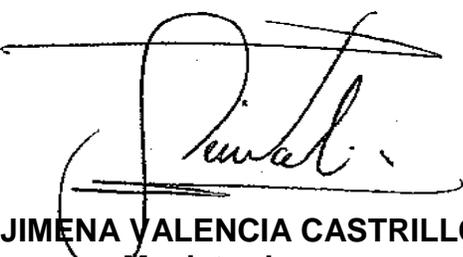
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de Colpensiones.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**Magistrado Ponente**

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

RADICADO	110013105017201900632-01
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL DE FUERO SINDICAL-ACCIÓN DE REINTEGRO
DEMANDANTE	YISEL ROCIO CASTAÑO ARIZA
DEMANDANDO	BRITISH AMERICAN TOBACCO

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **YISEL ROCIO CASTAÑO ARIZA** se ordene a la demandada **BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S** reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor rango, pagar los salarios dejados de percibir desde que se hizo efectivo el despido y hasta la fecha del reintegro deprecado, pagar la prima legal de servicios de la misma época, las cesantías causadas en el periodo comprendido entre el 19 de junio de 2019, y la fecha del reintegro, los intereses de cesantías del mismo lapso, las vacaciones y las prestaciones convencionales denominadas

quinquenio, prima de vacaciones, prima extralegal, auxilio de alimentación, y que se profiera condena en costas.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 3, archivo 02 carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que estuvo vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido con la empresa demandada desde el 8 de agosto de 2011, y hasta el 19 de junio de 2019, con un salario básico mensual de \$2.821.318; que desempeñó el cargo de auxiliar de cuentas clave en la ciudad de Bogotá.

Narró que, al interior de la empresa convocada a juicio, existe una organización sindical denominada Unión Sindical Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y la Comercialización de Productos Agroalimentarios UNISINTRAINAGRO y que la junta directiva nacional la escogió como suplente de la Secretaria de Seguridad Social el día 13 de junio de 2019; que de esa decisión se notificó a la empleadora el día 14 de la misma calenda y que el 19 de junio de 2019, la empleadora dio por terminado el contrato de trabajo.

Indicó que, el 13 de julio de 2019, la Asamblea Nacional de Delegados del sindicato aprobó el cambio parcial de la Junta Directiva Nacional y el día 15 siguiente, UNISINTRAINAGRO comunicó a la demandada la elección y el cambio parcial mencionado. Que el 16 de julio del 2019, la organización sindical comunicó al Ministerio de Trabajo sobre la reorganización de la Junta Directiva y efectuó el depósito; que la demandada no solicitó permiso para el despido.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

AMERICAN BRITISH TOBACCO S.A.S, contestó la demanda (archivo 10, carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia del vínculo mediante contrato a término indefinido, el salario devengado por la accionante y la existencia de la organización sindical. Sobre los demás indicó, que no eran ciertos o no le constaban.

Explicó que, lo ocurrido el 19 de junio de 2019, fue la ratificación de un despido acontecido el 17 de febrero de 2017, y no un nuevo despido pues, en esta última fecha, debido a una reestructuración de cargos al interior de la empresa se dispuso la terminación del contrato de la demandante; sin embargo, en ese momento la señora Castaño Ariza presentó acción de tutela mediante la cual se ordenó el reintegro transitorio mientras el juez natural se pronunciaba.

Indicó que, el juzgado laboral que conoció el trámite en primera instancia, confirmó la orden de reintegro pero que al desatar la apelación el Tribunal Superior, en sentencia de fecha 22 de mayo de 2019, revocó la decisión y declaró que el despido era legal y no existía impedimento alguno para terminar el contrato sin justa causa el 17 de febrero de 2017.

Sobre el nombramiento de la demandante como directiva de la organización sindical días después de que el Tribunal se pronunciara en sentencia, arguyó que la misma no estaba relacionada con las funciones de esa dependencia, sino que únicamente se efectuó para buscar una protección foral para ella y denunció que se presentó en esa situación un abuso del derecho y que ese nombramiento no le era oponible a la compañía.

Formuló las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 29 de noviembre de 2022 (archivo 13-14, carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y DECLARAR NO PROBADA la de prescripción, propuestas por la demandada BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.; lo anterior, según las razones expuestas.*

*SEGUNDO: DECLARAR NO PRÓSPERA LA TACHA DE SOSPECHA propuesta a la testigo Alexandra Bernal Vargas, testigo de la parte demandada; según las razones expuestas en precedencia.*

*TERCERO: ABSOLVER a la demandada BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora YISEL ROCÍO CASTAÑO ARIZA, identificada con la CC. 52.031.290; según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

*CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$300.000 M/Cte.*

El *A quo* fijó como problema jurídico determinar si para el momento en que la trabajadora adquirió el fuero sindical ya se había materializado la decisión de la empleadora de terminar el contrato de trabajo.

Para iniciar, recordó la definición de fuero sindical de acuerdo con el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, como la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos ni desmejorados en sus condiciones de trabajo ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a otro municipio sin justa causa previamente calificada por el juez de trabajo. También memoró que esta figura busca el desarrollo normal de las actividades sindicales y con esto, hacer real el derecho de libre asociación que consagra el artículo 39 constitucional.

Mencionó que, de acuerdo con los tratados, pactos y convenciones, especialmente el Convenio 98, existían dos clases de fuero: el fuero sindical, dirigido a la protección de los fundadores, directivos, subdirectivos y la comisión estatutaria de la organización sindical y el fuero circunstancial que protegía a los trabajadores durante el desarrollo de los conflictos colectivos de trabajo; y dicho esto, señaló que en el ordenamiento jurídico interno, estas disposiciones se encuentran en los artículos 406 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 57 de la Ley 50 de 1990, modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000.

También se refirió al artículo 361 del CST modificado por el artículo 41 de la Ley 50 de 1990, en el que están preceptuadas las formalidades para la fundación de una

organización sindical y para que esta surta los efectos correspondientes, esto es, que una vez realizada la asamblea de constitución, el sindicato debe comunicárselo por escrito al empleador y al inspector de trabajo, o al alcalde municipal, con la declaración de los nombres de cada uno de los fundadores y, añadió que la prueba de existencia de la organización es la certificación de inscripción en el registro sindical de acuerdo con el artículo 113 del CPTSS.

Expuso que, respecto de los siguientes fundamentos fácticos no versaba controversia: i) que el extremo inicial de la relación laboral fue el 8 de agosto de 2011; ii) que dentro de la compañía existía una organización sindical denominada Unión Sindical Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y la Comercialización de Productos Agroalimentarios UNISINTRAINGRO; iii) que el 23 de julio de 2019, se inscribió el cambio de junta directiva de esa organización y se designó a Yisel Rocío Castaño Ariza, la aquí demandante, como Secretaria de seguridad social; iv) que esa decisión fue comunicada a la empleadora el 15 de julio de 2019; y v) que el 14 de junio del mismo año, el sindicato remitió una comunicación a la empleadora denominada «*Reajuste de Junta Directiva Nacional*» en la que se informó que la demandante había ingresado al órgano directivo pero que, en esa misiva no se informó el cargo para el que había sido designada.

Estableció que, el punto central de controversia era si esa designación resultaba oponible a la empleadora y si, la misma desconoció el fuero al terminar el contrato. Para dilucidar la discusión realizó un recuento de las actuaciones previas al inicio del *sub lite*, recordó que la empleadora, el 17 de febrero de 2017, le comunicó a la demandante la terminación del contrato por virtud de una reestructuración de cargos y que la señora Castaño Ariza acudió a la acción de tutela, proceso que resultó favorable a sus intereses y en virtud del cual se ordenó el reintegro de manera transitoria hasta que la justicia ordinaria laboral resolviera la controversia.

Memoró que, por esa razón la demandante acudió al proceso ordinario laboral que se tramitó ante el Juzgado 35 Laboral de Circuito de Bogotá, y en donde declaró el reintegro de la trabajadora, decisión sobre la cual la demandada interpuso recurso de apelación, misma que fue desatada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá,

quien mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 2019, revocó el fallo del *a quo* y absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra porque concluyó que para la fecha del despido, esto es, 17 de febrero de 2017, la demandante no era titular de estabilidad laboral reforzada alguna.

Señaló que, en la comunicación de fecha 19 de junio de 2019, la empleadora le notificó a la actora la decisión de terminar el contrato aduciendo que el fallo del juez *ad quem* había revocado la orden de reintegro por lo que se ratificaba la efectividad de la terminación del contrato de trabajo a partir del 17 de febrero de 2017.

De lo anterior adujo que llamaba su atención el hecho de que, luego de la decisión revocatoria del Tribunal, el 13 de junio de 2019, la trabajadora demandante se afiliara al sindicato y fuera designada en un cargo directivo, decisión comunicada a la empresa, en principio, el 14 de junio de 2019, en una misiva en la que no se indicó el cargo que ocuparía, lo que se realizó únicamente hasta el 15 de julio de 2019.

Teniendo en cuenta lo dicho, le dio la razón a la empresa demandada sobre lo alegado en su defensa pues, tal como fueron informados los hechos fue como lo corroboró con las piezas procesales obrantes en el plenario y concluyó que, lo que hizo la demandada el 19 de junio de 2019, fue ratificar el despido comunicado desde el 17 de febrero de 2017 con base en la sentencia del Tribunal. De lo anterior, adujo que el fuero sindical no era una figura absoluta porque en circunstancias excepcionales la ley permitía levantarlo o desconocerlo, a lo que agregó lo siguiente:

*En el caso que nos ocupa debe insistirse en que la ex trabajadora ancla toda su defensa en que para la fecha en que se afilió al sindicato y al parecer así lo da a entender la vocera judicial de la demandante en sus alegatos de cierre se desconocía la decisión adoptada por el tribunal por lo que, dice, no se dio una relación un nexo entre la decisión desfavorable de su proceso y la decisión de salir apresurada a buscar un resguardo en el sindicato a través de la inclusión de la junta directiva del sindicato, tal argumento de defensa, se reitera, de la demandante no puede ser acogido pues la trabajadora se encontraba representada para ese proceso ordinario la por una profesional del derecho que debía enterarse y notificarse de la decisión de segunda instancia por lo que insistir en que la decisión de afiliarse al sindicato y su inclusión en la junta directiva obedeció a un acto ajeno pues para ese momento no conocía la decisión que resultaba contraria a sus intereses, resulta ser un argumento inaceptable pues lo que se puede advertir es que*

*la demandante acudió a esa maniobra para, de manera hábil, procurar mantenerse en el cargo.*

Añadió que, la afiliación al sindicato y la designación en la junta directiva configuraban un abuso del derecho sindical y, por ende, el fuero alegado no era oponible al empleador. Luego, se refirió la sentencia CC T- 280 de 2017, que trata el tema del abuso del derecho para concluir que la conducta de la demandante encajaba dentro de la premisa de obtener un derecho legítimo para utilizarlo con fines contrarios al ordenamiento. Por lo anterior, resolvió denegar el reintegro deprecado.

Frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada la despacho desfavorablemente, en virtud de que la terminación del contrato de trabajo se comunicó el 19 de junio de 2019 y la trabajadora el 13 de agosto de 2019 remitió comunicación a la empleadora, con lo cual logró interrumpir la prescripción de dos meses que estaba analizando, y presentó la demanda el 18 de septiembre de 2019.

Finalmente, se pronunció sobre la tacha de sospecha sobre la testigo Alexandra Bernal Vargas que fue interpuesta por la demandante, sobre el particular indicó que, la testigo se limitó a informar sobre su conocimiento y participación en las actuaciones relacionadas con la desvinculación de la accionante y que esto se podía corroborar con las documentales obrantes en el expediente por lo que, lo dicho por la señora Bernal Vargas no tuvo relevancia en la decisión adoptada por lo que desestimó la tacha.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S** interpuso recurso de apelación frente a la decisión de declarar no probada la excepción de prescripción manifestando que, la comunicación de fecha 13 de agosto de 2019, ni siquiera mencionaba el fuero; que aunque se tuviera en cuenta esa radicación para interrumpir la prescripción, la demanda se admitió en el año 2019, y la notificación se surtió hasta el año 2022, por lo que no se cumplió lo dispuesto en la norma según la cual el auto admisorio debe notificarse dentro del año siguiente a su emisión para que interrumpa la

prescripción. Por lo anterior solicita al Tribunal revocar parcialmente la sentencia en el sentido de declarar probada la prescripción.

Respecto de la demandante, no interpuso recurso de apelación; sin embargo, solicitó que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta tal como lo ordenó el juez en la decisión.

## **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada British American Tobacco S.A.S y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante acorde con el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes aspectos fácticos: *i)* que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que se ejecutó entre el 8 de agosto de 2011 y el 19 de junio de 2019; *ii)* que dentro de la compañía existía una organización sindical denominada Unión Sindical Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y la Comercialización de Productos Agroalimentarios UNISINTRAININGRO; *iii)* que según documento denominado «*constancia de registro modificación de junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical*», con número de registro 24 de fecha 16 de julio de 2016, se registró la modificación de la junta directiva de UNISINTRAININGRO en la cual se incluyó a la demandante como suplente secretario seguridad social; y *iv)* que esa decisión fue tomada en la asamblea nacional de delegados realizada el 13 de junio de 2019, y notificada a la empleadora por el presidente y secretario del sindicato el 14 de junio de 2019.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar *i)* si la demandante tiene derecho o no a ser reintegrada a su cargo en virtud del presunto fuero sindical que la amparaba para el 19 de junio de 2019, y solo

en caso de ser afirmativa la respuesta se analizaran las pretensiones de condena; y *ii*) establecer si en este asunto opero el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción.

## **DEL FUERO SINDICAL**

De acuerdo con el artículo 406 del CST los trabajadores que se encuentran amparados por el fuero sindical son:

1. Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses.
2. Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores.
3. Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.
4. Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más.

Según documento denominado «*constancia de registro modificación de junta directiva y/o comité ejecutivo de una organización sindical*» de la la organización sindical UNISINTRAINGRO, con numero de registro 24 del 16 de julio de 2019, la modificación a la junta directiva nacional se había realizado desde el 13 de junio de 2019, y había quedado conformada por las siguientes personas:

III. MODIFICACIÓN DE INTEGRANTES DE LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL						
PRINCIPAL						
NOMBRES	APELLIDOS	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DOCUMENTO	TELÉFONO	E-MAIL	CARGO
Carlos Andres	Huelo	cedula	3.238.971	3208728043	andreshuelo333@hotmail.com	Presidente
Elizabeth	Sáenz	cedula	52.782.383	3212456649	lrsaenz08@hotmail.com	Vicepresidente
Fredy	Díaz	cedula	80.221.590	3102675681	fredy99982@gmail.com	Secretario general
Nelson	García	cedula	79.621.566	3132694646	nelsonp72@hotmail.com	Fiscal
Orlando	Luna	cedula	79.909.757	3154733634	orlandoluna2007@hotmail.com	Tesorero
SUPLENTE						
NOMBRES	APELLIDOS	TIPO DOCUMENTO	NÚMERO DOCUMENTO	TELÉFONO	E-MAIL	CARGO
Diego	Cárdenas	cedula	80.797.669	3219511159	dieguitocar165@gmail.com	sec.organizacion
Wilson	García	cedula	79.819.570	3012864275	wiga74@hotmail.es	sec.promocion
Pedro	Guerrero	cedula	1.013.597.094	3208358048	pedrope17611@gmail.com	sec.formacion
Fernando	Castañeda	cedula	79.659.889	3177116431	fercasta73@hotmail.com	sec.prens y prop
Yisel Rincó	Castaño	cedula	52.031.790	3183863905	yisel.castano@yahoo.es	sec.sec social

Por ende, la aquí demandada se encuentra amparada por la garantía foral, como quiera que desde el 13 de junio de 2019, era la suplente de la secretaria de seguridad social de la Junta Directiva organización sindical UNISINTRAININGRO y este nombramiento era de conocimiento de la demandada BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., desde el 14 de igual calenda.

### DE LA ACCIÓN DE REINTEGRO

El artículo 38 de la Constitución Política de Colombia establece como derecho fundamental la libertad de asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad. Específicamente, los trabajadores y empleadores tienen, el derecho fundamental «*a constituir sindicatos o asociaciones, sin intervención del Estado*» de con acuerdo artículo 39 de la misma carta magna.

Los convenios 87 y 93 de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por Colombia, el primero sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación donde, entre otras cosas, cada estado miembro se obligó a adoptar «*todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación*», y el segundo sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, el cual establece básicamente que los trabajadores y las organizaciones de trabajadores y empleadores deben gozar de una

adecuada protección contra todo acto: i) de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; y ii) de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración.

Así, en nuestra legislación laboral, entre otros mecanismos de protección en favor de los trabajadores, y los integrantes de una organización sindical, encontramos el fuero sindical, el cual está definido en el artículo 405 del CST, como una garantía de la *«que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo»*.

De conformidad con lo anterior, en caso de que un empleador despidiera o pretenda despedir, desmejore o traslade a un trabajador que goza de la garantía foral, puede verse inmerso en cualquiera de las siguientes consecuencias jurídicas, a saber:

1. El reintegro como restitución de una desvinculación laboral sin calificación previa de la justa causa por el Juez del Trabajo, rompimiento del vínculo jurídico.
2. La reubicación o reinstalación como restablecimiento del traslado del trabajador sin previa autorización a las anteriores condiciones de trabajo; ello es, sin rompimiento del vínculo jurídico.
3. Permiso ante el juez laboral por parte del empleador para poder despedir o trasladar, que incluye el denominado proceso ordinario de levantamiento de fuero sindical.

El presente asunto se ubica en el escenario primero, ya que, la extrabajadora pretende se declare que fue despedida estando amparada por fuero sindical, sin tener autorización del juez natural. En ese sentido el legislador en el artículo 408 del CST señaló que si *«[...] se comprobare que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se ordenará su reintegro y se condenará al {empleador} a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido»*.

## DE LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Señala la parte actora que su empleadora le dio por terminado su contrato de trabajo el 19 de junio de 2019, fecha para la cual estaba amparada por fuero sindical y que no contaba con autorización del juez laboral para ello.

Por su parte la demandada indicó que lo que realmente ocurrió fue la ratificación de un despido ocurrido el 17 de febrero de 2017, el que se encontraba suspendido con ocasión de una acción de tutela que ordenó el reintegro transitorio de la señora Castaño Ariza mientras el juez natural se pronunciaba, trámite que se surtió y finalizó con sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dictada el 22 de mayo de 2019, donde se declaró que el despido realizado el 17 de febrero de 2017, era legal y no había lugar al reintegro pretendido.

Al revisar el material probatorio encontramos la carta de terminación de contrato sin justa causa de fecha 19 de junio de 2019, dirigida por British American Tobacco Colombia S.A.S. a la señora Yisel Rocío Castaño (f.º 14-15 archivo 02, carpeta 1ª inst, exp digital, en la que literalmente se le indicó:

*Respetada señora,*

*Como es de su conocimiento, el Tribunal Superior de Bogotá, mediante sentencia proferida el pasado 22 de mayo de 2019 revocó la sentencia de primera instancia que había sido proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá y en consecuencia revocó la orden de reintegro que había sido ordenada de manera transitoria en la acción de tutela iniciada en el año 2017.*

*En consecuencia, al haber revocado la sentencia y en su lugar absolver a la compañía de todas las pretensiones, al encontrar que para el 17 de febrero de 2017 usted no estaba amparada por estabilidad laboral reforzada y que por tanto la terminación de contrato se había efectuado en legal forma, dejando sin efectos la providencia que con carácter transitorio había sido proferida en su momento, le ratificamos la efectividad de la terminación de su contrato de trabajo a partir del 17 de febrero de 2017.*

*Sin perjuicio de lo anterior, aclaramos que tal y como ha ocurrido hasta el momento, el tiempo en el que estuvo transitoriamente reintegrada por efectos de la decisión adoptada en la acción de tutela, le será liquidado en estricto acatamiento a la legislación laboral vigente.*

*El valor de la liquidación final de acreencias laborales correspondiente a este periodo, incluida la indemnización por despido sin justa causa, le será transferido a su cuenta de nómina, así como la constancia de pago de los aportes parafiscales y al sistema de seguridad social integral correspondiente a los tres últimos meses, le será remitido con la liquidación final de acreencias laborales.*

*Cordialmente,*

También obra en el expediente la audiencia celebrada el 22 de mayo de 2019, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dentro del proceso 11001310503520170044701 adelantada por Yisel Roció Castaño contra British American Tobacco Colombia S.A.S. (carpeta 15, carpeta 1ª inst, exp digital), donde se estableció como problema jurídico determinar si la terminación del contrato de trabajo sin justa causa de la promotora del litigio de fecha 17 de febrero de 2017, se tornó ineficaz en virtud del fuero de estabilidad por ser madre cabeza de familia, y después de una análisis jurídico y fáctico concluyó que no existía desarrollo alguno del cual se desprendiera la prohibición del despido sin justa causa para los trabajadores que alegan la condición de madres o padres cabeza de hogar, ya que los perjuicios causados a estos se resarcen a través de la indemnización correspondiente, lo que no vulneraba los derechos de la trabajadora; además que, de las pruebas obrantes en el plenario se extraía que la terminación del contrato no estaba ligada a su condición de madre cabeza de familia, ni pretendió desconocer las garantías fundamentales de la actora, toda vez que la misma obedeció a una reestructuración de la empresa al encontrarse que no necesitaban el área de *trade marketing*, decisión que no resultaba discriminatoria sino respaldada en el principio de libertad de empresa; que no había lugar al reintegro de la señora Yisel Roció Castaño porque no existían causas para tener la terminación de su contrato como ineficaz, absolviendo a la empleadora de todas las pretensiones de la demanda.

Es evidente entonces que la terminación del contrato de trabajo de la actora a partir del 17 de febrero de 2017, se había notificado y ejecutado desde esa fecha, y solo se estaba a la espera de que la jurisdicción ordinaria laboral se pronunciara sobre la procedencia o no del reintegro de la señora Yisel Roció Castaño, decisión que en primera instancia fue favorable a los intereses de la trabajadora y en segunda instancia

mediante fallo del 22 de mayo de 2019, se revocó y se absolvió a la empleadora de todas las pretensiones de la demanda, y es en virtud de esta providencia judicial que se da cumplimiento a la decisión tomada desde el 17 de febrero de 2017.

Así las cosas, para la fecha en que se terminó la relación laboral del 17 de febrero de 2017, la señora Yisel Roció Castaño no tenía garantía foral sindical, y por ello, el empleador no tenía la obligación de adelantar la acción judicial de levantamiento de fuero sindical-permiso para despedir.

Recuérdese que el fuero sindical lo que busca es proteger el adecuado ejercicio de la libertad sindical y derecho de asociación sindical, a través del resguardo de la estabilidad laboral de sus dirigentes, con el fin de amparar la organización de las decisiones del empleador que de manera directa o indirecta busquen obstruir o entorpecer la labor del sindicato, mediante el retiro del aforado o la variación de sus condiciones laborales.

Bajo ese contexto, se evidencia que en este asunto el empleador no busca obstruir ni entorpecer la labor del sindicato, al dar por terminado el contrato de trabajo de la señora Yisel Roció Castaño, pues dicha decisión fue tomada desde el 17 de febrero de 2017, cuando ella no estaba protegida por fuero sindical, pues este amparo surgió solo a partir del 13 de junio de 2019, cuando se modificó la junta directiva del sindicato, y se le nombró a esta como suplente de la Secretaria de seguridad social, data para la cual, la trabajadora sabía que la terminación de su contrato de fecha 17 de mayo de 2017, se haría efectiva por cuenta de la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 22 de mayo de 2019.

Así las cosas, se confirmará la sentencia consultada en este punto.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN -APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

Advierte esta Sala que estudiar la excepción de prescripción en este asunto, donde la sentencia fue absolutoria por encontrarse probado que el despido de la actora

ocurrió desde el 17 de febrero de 2017, y no con ocasión de su designación como suplente en la junta directiva de la organización sindical UNISINTRAINAGRO, resultaba innecesario ya que, las pretensiones de la demanda no habían salido avantes. No obstante, como este asunto fue materia de decisión en primera instancia y recurso de apelación por parte de la demandada, esta Sala lo examinará a continuación.

El artículo 118 A del CPTSS adicionado por el artículo 49 de la Ley 712 de 2001, frente a este puntual asunto, señala:

*ARTÍCULO 118-A. PRESCRIPCIÓN. Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.*

(...).

Entonces, es claro que el término prescriptivo de la acción de reintegro por fuero sindical debe contarse desde la fecha en que el trabajador fue despedido.

En el presente asunto la terminación del contrato de trabajo se dio desde el 17 de febrero de 2017, pero se ejecutó el 19 de junio de 2019, la trabajadora el 13 de agosto de 2019 presentó ante el empleador la siguiente comunicación:

SEÑOR  
JORGE ALEJANDRO IRIBARRA PASTENES  
REPRESENTANTE LEGAL J  
BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.  
AVDA CARRERA 72 No 80-94 PISO 10  
CENTRO DE NEGOCIOS TITAN PLAZA  
BOGOTA D.C.

REF: INTERRUPCION DE PRESCRIPCION

Por medio de la presente a usted me dirijo a fin de solicitar se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido o a otro de igual o superior categoría, con el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido y hasta que se produzca el reintegro sin solución de continuidad.

COMUNICACIONES: Las recibiré en Calle 59 A BIS SUR No 22-57 casa 3 manzana 8 casa linda el tunal.

Atentamente,

Tal como establecen los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS, el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un **derecho o prestación debidamente determinado**, interrumpirá la prescripción.

Se observa del escrito que se presentó como interrupción de la prescripción que, allí por ninguna parte se expuso la circunstancia del fuero sindical, o que el reintegro que se solicitaba estaba atado a una garantía foral, por ende, no podría tenerse como interrupción de ese derecho, pues ese era precisamente el derecho principal en esta acción.

Ahora, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión que ese escrito del 13 de agosto de 2019, si interrumpió la prescripción, la actora tenía hasta el 13 de octubre de 2019, para presentar la demanda, lo cual hizo en término, ya que fue radicada el 18 de septiembre de igual año, lo que en principio interrumpió la prescripción.

Así las cosas, si bien la parte demandante en principio interrumpió la prescripción con la presentación de la demanda, ello finalmente no se logró porque no notificó a la parte demandada el auto admisorio de la misma dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de esa providencia al demandante (artículo 94 del CGP), y que en consecuencia, la interrupción de la prescripción solo se produciría con la notificación al demandado, la cual se dio de conformidad con el Decreto 806 de 2020, mediante el envío y recepción de un mensaje de datos el 22 de febrero de 2022, data para la cual ya se encontraba prescrita la acción, como pasa a explicarse:

- La demanda se radicó el 18 de septiembre de 2019 (interrumpió)
- Mediante auto del 30 de septiembre de 2019 notificado por estado el 1° de octubre de 2019, se admite la demanda y se ordena notificar a la demandada British American Tobacco Colombia S.A.S. y a la Unión Sindical Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y la Comercialización de Productos Agroalimentarios UNISINTRAINAGRO.
- La Unión Sindical Nacional de Trabajadores de la Agroindustria y la Comercialización de Productos Agroalimentarios UNISINTRAINAGRO

mediante correo del 6 de julio de 2020, informó que había sido notificada de la presente acción.

- Mediante auto del 03 de agosto de 2020 el a quo requirió a la parte actora, para que notificara por aviso a la demandada British American Tobacco Colombia S.A.S., o a través del artículo 8 del Decreto 806 de 2020.
- La promotora del litigio allegó certificado de la empresa Rapientrega, donde se hace constar que se realizó notificación del artículo 8 del Decreto 806 de 2020 del auto de fecha 30 de septiembre de 2019 a la demandada British American Tobacco Colombia S.A.S., quien recibió la notificación y la abrió el 22 de febrero de 2022.

Entonces, si la demanda bajo estudio fue admitida mediante auto del 30 de septiembre de 2019, notificado en estado del 1° de octubre de igual año, la demandante contaba con un año a partir de esa data para realizar la notificación de la acción si con ella pretendía interrumpir la prescripción, es decir que tenía hasta el 1° de octubre de 2020.

No obstante, no puede pasarse por alto que el Consejo Superior de la Judicatura, mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581, suspendió los términos judiciales del 16 de marzo de 2020 al 30 de junio de la misma anualidad, es decir, por dos (2) meses y catorce (14) días, tiempo que debe extenderse o sumarse al término de un año para la notificación en mención, por ende, la promotora del litigio tenía hasta el **15 de noviembre de 2020** para realizarla.

En el expediente, brilla por su ausencia gestión alguna por la parte promotora del litigio tendiente a la notificación de la empresa British American Tobacco Colombia S.A.S., entre el auto que la requirió el 03 de agosto de 2020 y el 22 de febrero de 2022, ya que esta última data, que fue cuando se le notificó a esa parte conforme el artículo 8 del Decreto 806 de 2020 la acción ya se encontraba prescrita, por cuanto la presentación

de la demanda finalmente no interrumpió dicho fenómeno, en razón a que no se cumplió con la condición del artículo 94 del CGP, aplicable a estos asuntos laborales por remisión del canon 145 del CPTSS.

En consecuencia, se modificará el numeral primero del resuelve de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada British American Tobacco Colombia S.A.S.

### **COSTAS**

Sin costas en esta instancia, como quiera que en favor de la demandante se estaba conociendo en grado jurisdiccional de consulta, y la apelación de la parte demandada British American Tobacco Colombia S.A.S., prospero.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada British American Tobacco Colombia S.A.S., por las razones anteriormente expuestas.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia consultada y apelada, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310501720200035701
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	CLARA EUGENIA PINTO BETANCOURT
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **CLARA EUGENIA PINTO BETANCOURT** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), con Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **condene** a Colpensiones a efectuar su vinculación y se ordene anular sus aportes al RAIS; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f° 2 a 9 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 07 de julio de 1959; que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 15 de junio de 1984, hasta el 13 de febrero de 1995; que en el mes de febrero de 1995, se afilió a Porvenir S.A. donde continúa vinculada a la fecha de la presentación de la demanda; que al momento de

su afiliación a la AFP el asesor de esta no le brindó una información suficiente ni efectuó una debida asesoría en la que le explicara el funcionamiento de cada régimen pensional, las características, los requisitos previstos en la Ley para acceder a las prestaciones económicas de cada uno y tampoco se hizo una proyección pensional que le permitirá tomar una decisión informada y plasmar su consentimiento informado.

Afirmó que, el 30 de junio de 2020, presentó ante Colpensiones revocatoria directa en la que solicitaba que se anulara su afiliación al RAIS, que se le reconociera la pensión de vejez con retroactivo pensional y que se le entregara copia del formulario de desafiliación. Indicó que 01 de junio de 2020, radicó ante Porvenir S.A. escrito por medio del cual solicitó que se trasladaran la totalidad de sus aportes a Colpensiones y la entrega del formulario de afiliación junto con el nombre del asesor.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f° 1 – 15 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo aceptó que la actora nació el 07 de julio de 1959. Respecto de los demás hechos, manifestó que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de perfeccionamiento de actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, inexistencia del derecho, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la innominada o genérica.

De otro lado, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 – 28 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la actora nació el 07 de julio de 1959; que solicitó vinculación con Porvenir S.A. mediante formulario de fecha 04 de enero de 1995, afiliación que se hizo efectiva el 01 de febrero del mismo año; que 01 de junio de 2020, la actora radicó ante Porvenir S.A. escrito por medio del cual solicitó que se trasladaran la totalidad de sus aportes a Colpensiones y la entrega del formulario de afiliación junto con el nombre del asesor. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le costaban. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de octubre de 2022 (archivos 19- 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora CLARA EUGENIA PINTO BETANCOURT identificada con la C.C. 41.770.873, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, lo anterior según lo analizado.*

*TERCERO: DECLARAR que la demandante señora PINTO BETANCOURT, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*

*CUARTO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, lo anterior con sus rendimientos e intereses, y devolver además, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en los seguros previsionales debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante ha permanecido vinculada con esa Administradora de Fondos de Pensiones, lo anterior conforme las razones expuestas en precedencia, valores que aclaro, deberán ser indexados con cargo al patrimonio de la AFP PORVENIR S.A.*

*QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que se efectúe a favor de la demandante por parte de PORVENIR S.A., y convalidarlos en la historia laboral correspondiente.*

*SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte.*

Para **fundamentar su decisión** sostuvo que, sobre la afiliación de la actora al RIAS con Porvenir S.A., la única prueba documental que obraba en el plenario era el formulario de solicitud de cambio de régimen suscrito el 04 de enero de 1995, que contenía una información general, sin que se pudiese extraer de este que el asesor de la AFP hubiese cumplido con el deber de brindar una información clara y suficiente, tendiente a ilustrar a la futura afiliada acerca de aspectos tan importantes como el concepto del RAIS, sus características, la explicación e ilustración acerca de las distintas modalidades de pensión, las condiciones para acceder a un eventual derecho pensional, la forma en que se cuantificaba la mesada pensional y mucho menos sobre la advertencia de que en el RAIS el ahorro estaba sometido a los vaivenes de los mercados financieros. Advirtió que, la labor del asesor o representante de Porvenir S.A. más que una gestión técnica y de debida asesoría pensional, había sido de índole comercial orientada a atraer a la afiliada del otro sistema para tratar de engrosar la nómina de vinculados a la AFP.

Expuso que, la Corte Suprema de Justicia, en numerosas sentencias dentro de las que se destacó la CSJ SL 3349 -2021, ha establecido la necesidad de que los fondos de pensiones, previo al acto de traslado, le expliquen al afiliado no sólo las características del RAIS, sino también la forma en que se estructuraba la pensión en ese régimen, más aún cuando lo cierto era que tal prestación dependía de múltiples factores macro y microeconómicos. Resaltó que no era dable presumir que la simple firma impresa en un formulario resultare suficiente para tener por demostrado el cumplimiento de ese deber de información y del consentimiento debidamente informado y que la carga de demostrar el cumplimiento de tal deber incumbía necesariamente a la administradora de fondos de pensiones privados.

Adujo que, el deber de información era un principio fundamental del sistema general de pensiones, pues de éste dependía el ejercicio real e informado de los derechos pensionales; que antes de expedirse la Ley 100 de 1993, el Legislador ya había expedido el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1993, norma que resultaba aplicable a la actividad que cumplían las AFPs y que establecía la importancia del deber de informar al consumidor financiero, señalando como obligación de las entidades vigiladas la de suministrar a los usuarios de esos servicios una información clara y precisa de suerte que les permitiese contar con elementos de juicio tendientes a escoger las mejores alternativas que el mercado de las pensiones les ofrecía.

Advirtió que, del interrogatorio rendido por la actora no se extraía confesión alguna, como quiera que manifestó que la única información recibida fue la relacionada con la liquidación del ISS y el riesgo de perder sus aportes, sin contar con una ilustración si quiera somera del funcionamiento de cada régimen pensional; que si bien la demandante afirmó ser abogada lo cierto era que se había desempeñado en cargos en la Fiscalía y como Juez de familia y que para la fecha del traslado ni siquiera se había graduado de derecho, por lo que concluyó que dados los supuestos fácticos, en este caso se estaba ante una ineficacia del traslado, como quiera que la desinformación constituía un elemento de juicio suficiente para generar la mentada ineficacia.

En virtud de lo anterior, concluyó que la AFP a la que estaba vinculada la demandante debía trasladar con destino a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales, rubros pagados a las aseguradoras, así como los frutos, rendimientos e

intereses y que debía reintegrar a Colpensiones los gastos de administración generados durante la afiliación de la actora.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social, es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**La DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial cuestionando que el Juez no realizó pronunciamiento sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pues debía estudiarse si la acotra contaba con los requisitos legales para tal efecto, máxime cuando vía administrativa ya se le había solicitado a Colpensiones el reconocimiento de esa prestación.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo no tuvo en cuenta que estaba demostrado que Porvenir S.A. había cumplido con los deberes establecidos en el año 1995, para la validez del traslado; que en el expediente obraba formulario de afiliación del que se podía constatar que la demandante se afilió de forma libre y voluntaria a la nombrada AFP; que el juez omitió valorar el interrogatorio rendido por la demandante en donde se evidenció que Porvenir S.A. sí cumplió con el deber de información y que la actora tenía una calidad especial al ser profesional en derecho y Juez de la República, por lo que claramente debía conocer las normas de la Nación.

Indicó que, se oponía a la devolución de los gastos de administración, como quiera que no hacían parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante y que eran la contraprestación de la adecuada gestión desplegada por la AFP con los recursos, que los rendimientos obtenidos superaban el valor que la actora hubiese podido acumular en el RPM, por lo que existiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; que tampoco era procedente reembolsar las deducciones por primas de seguros previsionales, debido a que el objeto de tales contratos de seguro ya se había causado y se había otorgado la cobertura. Finalmente, solicitó que se

revocara la orden de indexar los valores descritos debido a que ello generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones por cuanto el valor de los rendimientos obtenidos superaba la depreciación de la moneda.

**COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial únicamente solicitando que se revocara la condena en costas en su contra en razón a que esta entidad no participó en el acto de traslado.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración; de igual forma, si hay lugar o no al reconocimiento de la pensión de vejez.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **CLARA EUGENIA PINTO BETANCOURT** nació el 07 de julio de 1959 (f°24 - archivo 03, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al ISS entre el 15 de junio de 1984 y el 31 de enero de 1995, un total de 323,43 semanas (archivo GRP SHC – HL archivo 8 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **1 de enero de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **01 de febrero de 1995** (f° 108 y 115 archivo 6, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), en donde continúa afiliada.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse

desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

*Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que

podrían tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de febrero de 1995-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Frente al reparo formulado por Porvenir según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de

pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

De otra parte, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que Porvenir haya dado cumplimiento al deber de información, pues la demandante manifestó que su principal motivación para efectuar el tránsito al RAIS había sido el deseo de mantener su derecho pensional a salvo, dado que el asesor que acompañó el proceso de traslado le aseveró que el ISS iba a desaparecer, que sus aportes estaban en riesgo, argumentos que además de ser engañosos resultan insuficientes para considerar que existió un consentimiento debidamente informado. En este sentido, se considera que no tiene asidero el reparo que la AFP pretende fincar en supuestas confesiones.

En cuanto al cuestionamiento realizado también por Porvenir sobre el carácter profesional de la demandante, quien es abogada y actual Juez de Familia, encuentra esta Sala que no está llamado a prosperar. Ello en razón a que, de la ocupación actual de la señora **CLARA EUGENIA PINTO** en modo alguno puede deducirse que para el momento en que solicitó el traslado conocía en detalle el funcionamiento de los regímenes pensionales, las ventajas y desventajas de pertenecer a cada uno y el impacto que ello tendría en su futuro pensional. Se precisa que la acotra no era financiera ni pertenecía a la fuerza de trabajo de las administradoras, por lo que no tenía el carácter de profesional en el asunto. Mucho menos puede considerarse que esta situación podría sustraer a la AFP de su obligación de informar adecuadamente las implicaciones del cambio de afiliación. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3349-2021:

*Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado.*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura. Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que

estos no compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que en ese sentido formuló la AFP demandada.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

## **PENSIÓN DE VEJEZ**

En lo que respecta al recurso de apelación parcial formulado por la parte actora encaminado a que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, considera esta Sala que aunque no se desconocen las facultades extra y ultra petita del Juez laboral lo cierto es que en este caso el Juzgador no estaba habilitado para proferir una decisión sobre el particular, como quiera que ello no fue solicitado como pretensión en la demanda y tampoco fue objeto de debate o discusión al interior del proceso. Al respecto, cabe recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el Juez de primera instancia solo está habilitado para fallar por fuera de lo pedido en la demanda si el asunto a incluir ha sido objeto de debate, discusión o contradicción al interior del proceso; así lo dijo en la sentencia CSJ SL2266-2022, en la que sostuvo:

*De otra parte, la Sala ha adoctrinado que en tratándose de «derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador», en armonía con lo expuesto en la sentencia CC C968-2003 (CSJ SL2808-2018), las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre tales derechos laborales mínimos e irrenunciables, **siempre y cuando hayan sido objeto de discusión en el proceso y se encuentren acreditados.***

**[...]**

*Por tanto, **no resulta afortunado intentar edificar argumentos sobre supuestos no controvertidos en el plenario, con la pretensión de que en la segunda instancia se recompongan situaciones fallidas en primer grado** y, mucho menos, proponer dichos desatinos como soporte del recurso de casación, escenario ajeno a los fines propios de las instancias. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

No puede perderse de vista que proceder en sentido contrario implicaría una transgresión directa a las garantías de contradicción, defensa y al debido proceso de

las entidades llamadas a juicio, pues se les estaría sorprendiendo con una condena sobre la cual no pudieron efectuar pronunciamiento o defensa alguna.

Nótese entonces que respecto del reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la actora no se efectuó reclamo en la demanda inaugural y tampoco tuvo lugar debate o discusión en el proceso, pues ni siquiera se incluyó como un punto a analizar al fijar el litigio, circunstancia que no fue cuestionada por ninguna de las partes. Además, si la demandante consideraba que no hubo pronunciamiento sobre ese puntal aspecto, debió haber hecho uso de la figura de adición o complementación del fallo.

Además de lo anterior, se debe tener en cuenta que dada la calidad de empleada pública de la promotora del litigio, en razón de ostentar la calidad de Juez de la República y que la entidad encargada del otorgamiento de la pensión de vejez es Colpensiones, que es una persona de derecho público, la pretensión de reconocimiento de dicha prestación, escapa a la competencia del juez laboral, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 104\_ del CPACA, ello es propio de los jueces de lo contencioso administrativo.

Lo anterior no obsta para que, una vez retornados los aportes y demás rubros a Colpensiones con ocasión de la ineficacia declarada, esa entidad en sede administrativa proceda a efectuar el estudio del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de la pensión.

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

## **COSTAS**

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del

Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Porvenir S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

De igual forma, se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la demandante, a Colpensiones y a Porvenir S.A., por no haber prosperado el recurso formulado por ellas en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

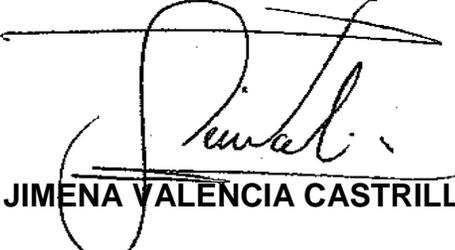
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **DEMANDANTE**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO  
Magistrado Ponente

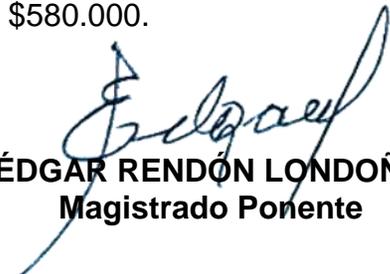
  
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ  
Magistrada

  
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

**Magistrada**

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas. Para la parte demandante se fija la suma de \$580.000.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310501920190079001
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	JAIRO ENRIQUE LEÓN BERNAL
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **Jairo Enrique León Bernal** que se **declare** la nulidad o ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Protección S.A. por la omisión al deber de información en que incurrió este fondo privado al momento en que se efectuó tal cambio de régimen; que se declare que se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. En consecuencia, pretende que se **ordene** a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, gastos de administración, comisiones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas fueron administradas por la AFP; que se condene a Colpensiones a activar su afiliación y a actualizar y corregir su historia laboral; que se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales por la suma de 200 SMLMV y por las costas del proceso.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f° 6- 19 archivo 03, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló que nació el 25 de enero de 1961; que estuvo afiliado al RPM

administrado por el entonces ISS hoy Colpensiones desde 1992, hasta el año 2016; que de forma sorprendente encontró que en los años 1997 y 2016, presentó multifiliación, pues a pesar de su convencimiento de estar afiliado a Colpensiones y de hacer sus aportes a dicho fondo, también aparecía como afiliado a Protección S.A. desde el 18 de marzo de 1997, motivo por el cual todos los aportes registrados en el período de tiempo referido aparecen en la historia de Colpensiones como “*aporte devuelto*”; que Protección S.A. le hizo entrega de la copia en la que consta su supuesta afiliación al RAIS de fecha 18 de febrero de 1997, con la entonces AFP Colmena; que él nunca suscribió formulario de afiliación; que con ocasión de ello instauró denuncia penal que estaba en trámite.

Narró que, nunca recibió de la AFP Colmena hoy Protección información técnica, oportuna y adecuada sobre las características del régimen de ahorro individual, sus ventajas, desventajas respecto al régimen de RPM, tampoco se le explicó el funcionamiento de ambos regímenes o la forma en que podría acceder a las prestaciones económicas de cada uno, por lo que no se le brindó asesoría de ningún tipo ni se le advirtió que en el RAIS su mesada sería de un salario mínimo, inferior a la que obtendría en el RPM, como lo había informado recientemente la AFP al dar respuesta a un derecho de petición.

Adujo que, con ocasión de la situación generada por la confusión de su afiliación, sumada a la incertidumbre sobre el monto de su mesada pensional ha presentado graves afectaciones emocionales, pues mantenía en un estado de angustia permanente. Finalmente afirmó que presentó reclamaciones ante las sociedades demandadas para que permitieran su retorno al RPM, las cuales fueron contestadas de forma negativa por ambas entidades.

## CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

**COLPENSIONES** contestó (f° 1 - 31 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació el 25 de enero de 1961; que presentó reclamación encaminada a que se le retornara al RPM, la cual fue contestada de forma negativa por Colpensiones. Respeto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de 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, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó (f° 1 a 27 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el demandante nació el 25 de enero de 1961; que Protección S.A. le entregó al actor copia del formulario de afiliación debidamente suscrito por él y que mediante respuesta a derecho de petición se le informó que su mesada pensional sería de un salario mínimo bajo la garantía de pensión mínima.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 22 de noviembre de 2022 (archivos 12-13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor JAIRO ENRIQUE LEÓN BERNAL, identificado con CC N° 15.242.850, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLMENA S.A. hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PRETECCIÓN S.A. identificada con NIT 800.138.188-1, realizado el día 18 de marzo de 1997, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante JAIRO ENRIQUE LEÓN BERNAL, identificado con CC N° 15.242.850, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 27 de octubre de 1992, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., identificada con NIT 800.138.188-1 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JAIRO ENRIQUE LEÓN BERNAL, identificado con CC N° 15.242.850, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia,*

*sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.*

*CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.*

*QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en contra por las razones expuestas en esta providencia.*

*SEXTO: Sin costas en esta instancia.*

**Para fundamentar su decisión,** la Juez estableció como premisas fácticas que el demandante nació el 25 de enero de 1961; que realizó la afiliación al ISS hoy Colpensiones el 27 de octubre de 1992, en donde cotizó un total de 196 semanas; que obraba en el plenario un formulario de afiliación de Colmena S.A. del 18 de marzo de 1997, suscrito por el demandante, a pesar de que el mismo manifestaba que no correspondía a su firma y que se allegó memorial de impulso de proceso penal dirigido a la Fiscalía.

Expuso que, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, este manifestó que siempre había sido empleado; que desde el inicio de su vida laboral había cotizado el ISS; que cuando ingresó a trabajar a ETB fueron unas personas de la AFP Colmena quienes promocionaron el RAIS indicando que el ISS desaparecería y que la mejor opción para los afiliados a esa entidad era cambiarse de régimen con Colmena, sin que le hubiesen detallado o explicado el funcionamiento de cada régimen pensional; que pese a lo expuesto decidió continuar en el ISS, por lo que tenía pleno convencimiento de pertenecer a Colpensiones; que la empresa con posterioridad le informó que presentaba una multifiliación, por lo que elevó solicitud de entrega de formulario de afiliación a Protección S.A., entidad que le remitió un documento que contenía una firma que no era de él, ni estaba ahí plasmada su huella, razón por la cual procedió a presentar denuncia ante la Fiscalía.

Determinó que, el caso debía ser estudiado por la vía de la ineficacia y no por la de la falsedad, debido a que la ineficacia era la pretensión principal y, en todo caso, no se aportaron elementos de prueba para considerar que existió una falsedad en la firma del formulario de afiliación.

Resaltó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en amplia jurisprudencia dentro de las que se destacan las sentencias CSJ SL8777-2021, CSJ SL83000-2021 y CSJ SL 1452-2019, ha determinado que cuando se trataba de traslados entre regímenes pensionales, las entidades encargadas de su dirección debían garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permitiera elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses, que para ello era necesario poner en conocimiento de los trabajadores las

características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo que conocieran con exactitud cómo funcionaban tanto el RPM como el RAIS. Lo anterior, en razón a que a los fondos de pensiones se les habían encomendado importantes intereses sociales, como los de la protección de la vejez, la invalidez y la muerte.

Sobre la carga de la prueba, expuso que en estos casos se presentaba una inversión en favor del afiliado, por lo que le correspondía a la AFP demostrar y llevar a la convicción al Juez sobre que el acto de traslado gozaba de plena validez. Ello por cuanto la alegación del afiliado con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida que no requería prueba y que en consecuencia a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información era justamente a la AFP.

Manifestó que, de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las instituciones financieras, en este caso, las AFPs, eran las expertas y las que contaban con personal especializado y técnico en la legislación, el cálculo, revisión de requisitos y demás aspectos relacionados con los derechos pensionales, lo que las ubicaba en una posición de ventaja o superioridad frente a los afiliados, quienes se enfrentaban a un escenario que de por sí era complejo, sumado a las barreras educativas, del lenguaje, de profesión o socioeconómicas, por lo que se encontraban en un plano de desigualdad, sometidos a la información que decidieran trasladar estas entidades, que por ello para equilibrar tal desigualdad, se les imponía a las administradoras de pensiones la obligación de suministrar una debida información a sus afiliados durante toda la relación de afiliación y, especialmente, previo al acto de cambio de régimen.

Mencionó que, conforme a lo establecido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el deber de información a cargo de las administradoras de pensiones ha sido exigible desde su creación y que se han identificado tres etapas, conforme a las normas que regulan el tema, que abarcan tres periodos, siendo el primero de estos del comprendido entre los años 1993 al 2009, que sobre este período la Corte se pronunció en sentencia SL2209-2021 y en ella conceptuó que desde su creación, las AFP han tenido la obligación de suministrar al afiliado una información clara y suficiente sobre los efectos del cambio de régimen.

Expresó que, con las pruebas obrantes en el expediente era posible determinar, que al margen de si existió o no firma en el formulario de afiliación, lo cierto era que el demandante no recibió a fondo una información sobre las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado. Advirtió que, tampoco se observaba que se le hubiese entregado un cuadro comparativo del funcionamiento de la pensión de vejez de un régimen y otro; que para

demostrar el cumplimiento del deber de información no bastaba con la manifestación consignada en el texto preimpreso del formulario, como quiera que ese documento no contenía registro alguno sobre la asesoría que debía suministrarse al demandante, lo que era carga de la AFP.

Indicó que, aunque en el año 1997 no se había decantado las exigencias del deber de información con el detalle en que hoy lo prevé la Corte Suprema de Justicia, lo cierto era que desde su creación las AFP tenían la obligación de garantizar que el afiliado se trasladara de manera libre, voluntaria e informada, lo que implicaba que debían haber puesto en conocimiento del demandante aspectos como el funcionamiento, características y explicar de manera detallada las condiciones necesarias para obtener las prestaciones, cuestión que a su criterio en este caso no ocurrió.

Con base en lo expuesto, expuso que como quiera que en este caso la AFP demandada no había cumplido con la carga de la prueba, la afiliación del actor resultaba ineficaz, agregando que aunque ello era razón suficiente para abstenerse de estudiar la eventual falsedad en el formulario de afiliación debido a que el asunto correspondía a una pretensión subsidiaria, en todo caso, en el plenario no obraba si quiera la denuncia penal que permitiese dudar de la autenticidad de tal firma.

Respecto de los perjuicios morales adujo que la parte actora no aportó prueba alguna tendiente a demostrar su configuración, por lo que tal pretensión debía despacharse desfavorablemente.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la CN, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**EI DEMANDANTE** presentó recurso de apelación únicamente encaminado a que se revocara la decisión de no condenar en costas de primera instancia a las entidades demandadas, ya que el a quo accedió a las pretensiones en su contra y éstas ejercieron oposición a lo largo del trámite judicial, lo que conforme el artículo 365 del CGP, debía llevar a que se les impusiera una condena por este concepto.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando que se revocara en su integridad la sentencia. Para tal efecto, argumentó que el demandante se afilió al RAIS en el año de 1997; que a lo largo de su vinculación no presentó ninguna reclamación frente a Protección y que efectuó cotizaciones sin oposición alguna lo que confirmaba su ánimo de pertenecer a ese régimen. Cuestionó que, se exigiera de la AFP la realización de una proyección pensional para el momento de la afiliación del actor, pues para esa data no era posible efectuarla por las pocas semanas de cotización y que el a quo pasó por alto la prohibición temporal contenida en la Ley 797 de 2003, la cual aplicaba en este caso pues el actor sólo en el año 2019 solicitó el retorno al RPM.

Arguyó que, la Juez no tuvo en cuenta que de existir una multifiliación, el Decreto 3800 de 2003 en su artículo 2, determinaba que en estos casos las personas debían vincularse al régimen al que estuvieran afiliadas para el año 2004, data para la cual el actor estaba en el RAIS con Protección S.A. Finalmente, se quejó de que no se dio aplicación a la exigencia prevista en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero relacionado con la obligación de auto cuidado del consumidor financiero.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Protección S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **Jairo Enrique León Bernal** nació el 25 enero de 1961 (f°20 archivo 03 carpeta 1ª inst. exp. digital); *ii)* que se afilió al ISS desde el 27 de octubre de 1992 hasta el 28 de febrero de 1997 cotizando 196,29 semanas (f°1-3 archivo 11 inst. exp. digital); y *iii)* que 18 de marzo de 1997 solicitó el traslado al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **1° de mayo de 1995** (f.° 61 - 64, archivo 03., carpeta 1ª inst. exp. digital).

## INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que la afiliada tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal

b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

*Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-

2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Ahora bien, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-01 de mayo de 1997 -**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto

es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto. Sobre el particular, cabe traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia SL1729-2022:

*Ahora bien, y contrario a lo afirmado por el ad quem, las alusiones y afirmaciones que giran en torno a la profesión de la demandante no tienen asidero en este tipo de controversias, pues, como ha sido reseñado por esta Sala, ni aun trabajando en el sector, los profesionales financieros tienen el conocimiento, la experiencia y la comprensión sobre el sistema pensional, y a partir de ello no podría colegirse que se excluya del deber del fondo de pensiones la obligación de brindar información sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, y las consecuencias del traslado (CSJ SL3349-2021).*

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la juez de primer nivel, por lo que se confirmará la decisión en su integridad.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019), de modo que no se genera afectación económica alguna a la mentada entidad.

Respecto del reparo efectuado por Colpensiones sobre la resolución de la situación de multifiliación del demandante con base en lo previsto en el Decreto 3800 de 2003, se indica que el estudio de este asunto resulta inane como quiera que la vinculación inicial del actor al RAIS se declaró ineficaz por las razones previamente expuestas, por lo que no es procedente entrar a estudiar las inconsistencias que posterior al acto del traslado se presentaron con la afiliación del actor, pues tal como se detalló, el efecto de la ineficacia no es otro que el de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si la afiliación al RAIS no hubiese existido.

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

## **COSTAS**

En lo que respecta al recurso parcial formulado por la parte demandante, encaminado únicamente a que se imponga condena en costas de primea instancia a las entidades demandadas, advierte esta Sala que le asiste razón al recurrente, pues de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable por remisión en materia laboral por disposición del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso, evidentemente, fueron Colpensiones y Protección, como quiera que ninguna de las excepciones por ellas formuladas en sede de primera instancia prosperaron.

En cuanto a las costas y agencias de segunda instancia, se condenará a Colpensiones, por no haber prosperado el recurso formulado en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR NUMERAL SEXTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y en su lugar, **CONDENAR en COSTAS** de primera instancia a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.160.000.

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310502120220026201
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	MÓNICA LILIANA CUEVAS MIRANDA
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MÓNICA LILIANA CUEVAS MIRANDA** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), con Porvenir S.A.; que se declare que para todos los efectos legales se encuentra afiliada al RPM con Colpensiones, sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **ordene** a Porvenir S.A. a devolver todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, voluntarios, rendimientos y gastos de administración generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración; que se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación, recibir las sumas de dinero provenientes del RAIS y actualizar y corregir su historia laboral; que se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales por la suma de 200 SMLMV y a costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f° 8 a 34 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de septiembre de 1970; que estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión desde el 09 de junio de 1994, hasta el 08 de

diciembre del mismo año; que el 01 de febrero de 2001, sin recibir una información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna suscribió formulario de afiliación con Horizonte hoy Porvenir, trasladándose al RAIS; que se afilió al RIAS con base en la información errada de que era el régimen más beneficioso; que al momento de su afiliación a la AFP, esta no le brindó una información suficiente ni efectuó una debida asesoría en la que le explicara el funcionamiento de cada régimen pensional, las características, los requisitos previstos en la ley para acceder a las prestaciones económicas de cada uno y tampoco se hizo una proyección pensional que le permitiría tomar una decisión informada y plasmar su consentimiento informado.

Afirmó que, la AFP efectuó una proyección pensional la cual arrojó que a los 57 años tendría una mesada pensional de \$1.007.599, mientras que en el RPM administrado por Colpensiones su mesada sería de \$1.849.859; que el 10 de mayo de 2022, presentó ante Porvenir S.A. y Colpensiones solicitudes de ineficacia y/o nulidad de su afiliación al RAIS y retorno al RPM, las cuales fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f° 1 – 15 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 21 de septiembre de 1970, que el 10 de mayo de 2022, presentó solicitud de ineficacia y/o nulidad de su afiliación al RAIS y retorno a RPM, la cual fue contestada negativamente por esta entidad. Respecto de los demás hechos manifestó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso 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 del orden público y la innominada o genérica.

De otro lado, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 3 – 28 archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la actora nació el 21 de septiembre de 1970; que dio respuesta negativa a la solicitud de nulidad y/o ineficacia de su afiliación al RIAS y retorno a la AFP.

Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 07 de febrero de 2023 (archivo 13 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MÓNICA LILIANA CUEVAS MIRANDA al régimen de ahorro individual el 01 de febrero de 2001, con fecha de efectividad a partir del 02 de febrero de la misma anualidad por intermedio de HORIZONTE, HOY PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*

*SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MÓNICA LILIANA CUEVAS MIRANDA. Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.*

*QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES.*

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, la actora estuvo afiliada al inicio de su vida laboral en CAJANAL, para posteriormente trasladarse al RAIS con Horizonte hoy Porvenir S.A., que en ese sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007, y el Decreto 2196 de 2009, el extinto ISS adquirió la competencia para pensionar a los afiliadas de las cajas y fondos de previsión social, por lo que debía tenerse a la actora como afiliada al RPM, al cual debería retornar de declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS.

Sostuvo que, de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 recogida en sentencias recientes CSJ- SL4062 de 2021 y SL 1500 de 2022, en armonía con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la decisión de trasladarse de régimen debía ser libre y voluntaria, lo que presuponía que el afiliado debía contar con el conocimiento sobre las implicaciones del traslado, es decir, con una información suficiente sobre las consecuencias de un acto de esta índole, cuestión que no podía tenerse como satisfecha con una mera manifestación genérica contenida en un documento preimpreso de afiliación.

Mencionó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había determinado que la mentada obligación de la debida asesoría estaba vigente desde la constitución misma de los fondos privados, la cual tenía una relación intrínseca con los derechos pensionales de los afiliados, de ahí que cuando se trataba de traslados entre regímenes, las entidades encargadas de su dirección debían garantizar el acceso a los afiliados a una información completa y transparente, que les permitiera elegir entre las distintas opciones posibles que hay en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. Indicó que, para ello era necesario poner en conocimiento de los trabajadores las características, condiciones y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, resaltando también las desventajas, así como las consecuencias jurídicas de un traslado, de modo que conocieran con exactitud cómo funcionaban tanto el RPM como el RAIS, pues solo de esta manera se podía obtener un consentimiento informado.

Adujo que, para el año en que se efectuó el traslado – 2001-, las administradoras ya tenían la carga de informar con transparencia los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales, por cuanto ello constituía una expresión de la responsabilidad profesional que ejecutaban en el marco del servicio público de Seguridad Social, bajo el mando, dirección y control del Estado, conforme lo previsto en el artículo 48 de la Constitución y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Respecto de la carga de la prueba, señaló que esta estaba en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbía al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrecía el servicio, pues este era el experto en la materia, lo cual se atemperaba con lo previsto en el artículo 167 del CGP, que estipulaba que las negaciones indefinidas no requerían prueba, por lo que le correspondía a la parte contraria, es decir, a la AFP probar el hecho positivo contrario.

Indicó que, en el expediente si bien obraba formulario de afiliación, de él solo era posible extraer los datos generales de la actora, sin que del mismo se pudiese comprobar que la AFP cumplió su carga de suministrar una información completa, oportuna y

suficiente, por lo que con ello no se podría entender satisfecho el requisito para la validez del traslado. Precisó que, aunque se allegó documento en el que aparentemente Porvenir le advirtió a la demandante que estaba próxima a perder la oportunidad de trasladarse al RPM por cumplir 47 años, lo cierto era que no existía prueba de la recepción del mismo y en todo caso ello no subsanaría o convalidaría la omisión primigenia y que con los comunicados de prensa allegados al plenario, tampoco se podía acreditar que al momento del traslado se le haya dado a la actora una información concreta clara y oportuna.

Frente al interrogatorio de parte absuelto por la demandante, concluyó que no se podía colegir que al momento de traslado de régimen se le hubiesen puesto en conocimiento de manera clara y oportuna los aspectos negativos y positivos, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como aspectos relevantes como montos de la pensión, bono pensional, derecho de retracto, distribución del aporte, garantía de la pensión mínima, modalidades de pensión, entre otras.

Con base en lo expuesto, determinó que con las pruebas obrantes en el expediente no era posible establecer que Porvenir S.A. en el año **2001** le hubiese expuesto a la demandante las características, ventajas y desventajas objetivas de los regímenes vigentes, como tampoco las consecuencias jurídicas del traslado, por lo que debía declararse la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia solicitando que se revocara en su integridad. Para tal efecto, argumentó que el a quo no tuvo en cuenta que el perfeccionamiento del traslado en este caso se había dado con apego de la legislación vigente para esa data; que Porvenir no podía rechazar la afiliación de la demandante; que no compartía la valoración probatoria efectuada por el Despacho en razón a que obraban en el plenario declaración de la actora y formulario de afiliación diligenciado por ella de los que se extraía que Porvenir, a través de asesor la había ilustrado de forma suficiente sobre el funcionamiento del régimen.

Respecto a la ineficacia declarada, refirió que se oponía a la restitución de gastos de administración, debido a que correspondían a una contraprestación por la debida diligencia de la AFP y que muestra de ello eran los rendimientos considerables generados sobre la cuenta de ahorro de la actora; que tampoco era procedente ordenar la indexación de los valores a restituir como quiera que los rendimientos obtenidos por Porvenir S.A. superaban con creces la depreciación de la moneda. En materia de seguros previsionales, cuestionó la orden de reembolso de tales sumas argumentando que las primas ya habían sido pagadas y que la cobertura se había otorgado debidamente por las aseguradoras.

**COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, solicitando que se revocara integralmente la sentencia. Para tal efecto, argumentó que el a quo había realizado una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues aunque se determinaba que en estos casos su responsabilidad era objetiva, no se le exigía a la demandante que comprobara el vicio, dolo o fuerza al momento de la afiliación, de modo que erradamente toda la carga se imponía en cabeza del fondo, lo que quebrantaba las cargas probatorias previstas en la nombrada disposición, la cual exigía la acreditación de un daño por parte del afectado. Finalmente, adujo que el a quo tampoco tuvo en cuenta que la demandante tenía el deber de autocuidado como consumidora financiera, lo que le exigía informarse sobre los productos financieros que contrataba, cuestión que en este caso evidentemente ella desatendió.

### **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **MÓNICA LILIANA CUEVAS MIRANDA** nació el 21 de septiembre de 1970 (f°40 - archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó a

la Caja Nacional de Previsión – CAJANAL entre el 09 de junio de 1994 y el 08 de diciembre de 1994 (f°41 - archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii*) que el **01 de febrero de 2001**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Horizonte hoy Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del **02 de febrero de 2001** (f° 45 y 62 archivo 01, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora a la que continúa afiliada.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

*Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple*

*información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**02 de febrero de 2001**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos

personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Frente al reparo formulado por Porvenir según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a esta administradora suministrar la información con el detalle que se requiere, la Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

De otra parte, en cuanto al interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permita acreditar que Porvenir haya dado cumplimiento al deber de información, pues la demandante manifestó que asistió a una reunión grupal en la que un asesor de la AFP Horizonte le indicó que la opción más favorable para su futuro pensional la tendría en ese fondo, sin hacer una explicación si quiera somera de las implicaciones o consecuencias del traslado de régimen pensional, por lo que resulta claro

que no concurren los presupuestos para que aquella hubiese dado un consentimiento debidamente informado. En este sentido, se considera que no tiene asidero el reparo que la AFP pretende fincar en supuestas confesiones.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de CAJANAL, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

*(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.*

*Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; 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».*

*En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).*

*Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).*

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como

efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura. Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no

compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que en ese sentido formuló la AFP demandada.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

### **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

### **COSTAS**

Se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a la demandante, a Colpensiones y a Porvenir S.A., por no haber prosperado el recurso formulado por ellas en contra de la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

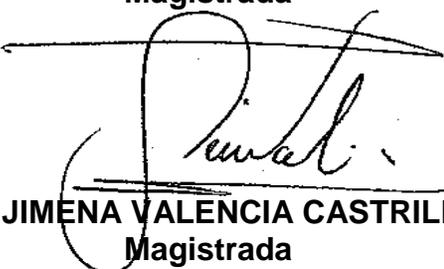
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

RADICADO	110013105022201700470-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JUAN CARLOS LINCE MEJÍA
DEMANDANDO	- PALMOCOL - POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA.

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **JUAN CARLOS LINCE MEJÍA** se declare que entre él y la empresa Palmocol existió un contrato de trabajo desde el 04 de marzo de 2015, el cual se encontraba vigente; que se ordene a su empleador: i) corregir el reporte de accidente de trabajo por él sufrido el 07 de marzo de 2016, haciendo relación a los hechos reales de este; ii) realizar la investigación del accidente de trabajo y remitir copia de esas actuaciones al Ministerio de Trabajo; iii) pagar el lucro cesante y los daños morales en la modalidad de perjuicio a la salud, dolor físico y daño a la vida de relación. Adicionalmente se ordene a la ARL Positiva reconocer la atención requerida con ocasión del accidente laboral, preste la atención y tratamiento médico a que haya lugar, y se

reconozca las prestaciones económicas -indemnización o pensión de invalidez- a que haya lugar de acuerdo con la pérdida de capacidad laboral; que se condene a lo que resulta probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 78-79 exp. físico), señaló que entre él y Palmocol S.A.S. celebraron el 4 de marzo de 2015, un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con fecha de vencimiento 4 de mayo de igual año, el cual a partir del día siguiente se prorrogó con una duración indefinida y un periodo de prueba de seis (6) meses; que la remuneración pactada fue de \$1.100.000 y el cargo era de conductor; que el lugar de prestación del servicio era la «*finca Sabana Rica Canta Claro*» ubicada en el municipio de San Carlos de Guaroa Meta; que según el examen de ingreso realizado el 3 de marzo de 2015, era apto para desempeñar las funciones de conductor.

Narró que, el 7 de marzo de 2016, el ingeniero Víctor Alfonso Bravo Artunduaga (director de plantación), le ordenó que le ayudara a desarmar los trenes delanteros y traseros del camión doble troque a su cargo (Hino 500, SWO-869), debido a que días antes este había reportado algunas fallas técnicas, que allí estaba el señor Milbey Ocampo mecánico y soldador, a quien ayudó a revisar la pacha izquierda la cual estaba en buen estado, por lo que el ingeniero ordenó revisar la transmisión trasera para retirar una pieza en forma de tapón de rosca y como el mecánico estaba lesionado, fue el señor Lince Mejía quien tuvo que asumir la carga, poniendo la espalda contra el piso y con las piernas hacia arriba contra la pieza que debían retirar y hacer fuerza para soltar el tapón que nunca salió; que en esas labores mecánicas de desarme, para las cuales no estaba capacitado, no tenía formación y carecía de experiencia, resultó lesionado con intenso dolor de espalda el cual empezó ese mismo día en la noche; que el 8 de marzo de igual año no pudo asistir al trabajo por ese dolor, por lo cual el ingeniero Víctor Alfonso Bravo Artunduaga diligenció un reporte de accidente de trabajo con hechos diferentes a los ocurridos, pues indicó que el dolor había surgido conduciendo, justificándose en que era para que lo atendieran en el medico y que por favor mantuviera esa misma versión, por lo que el señor Lince aceptó y acudió al Hospital de San Carlos de Guaroa en donde lo incapacitaron por tres (3) días.

Expuso que, realizó cuatro solicitudes a su jefe directo el ingeniero Víctor Alfonso Bravo Artunduaga para que cambiara la versión en el reporte de accidente de trabajo, pero este se negó rotundamente; que al continuar con el dolor asistió a la Clínica Martha de Villavicencio y a través de un TAC de columna lumbar le diagnosticaron «*PROTRUSIÓN DISCAL L4- L5 CON EFECTO COMPRESIVO SECUNDARIO SOBRE EL CASO DURAL*», lesión que solía presentarse por sobreesfuerzos, y le otorgaron 10 días más de incapacidad.

Refirió que, el 17 de marzo de 2016, la ARL Positiva había solicitado a su empleador las pruebas para determinar el origen del evento, las que se enviaron con la misma información errónea plasmada en el reporte del accidente; que debido al intenso dolor y a la limitación para caminar acude a la Clínica Martha de Villavicencio el 17 y el 29 de marzo de 2016, donde se le dio tratamiento de enfermedad general porque la ARL desconoció el origen del accidente debido a la información fraudulenta que entregó la empresa Palmocol; que también asistió el 4 de abril de ese mismo año, donde le ordenaron diez (10) sesiones de terapia física y se le han expedido las siguientes incapacidades: *i*) el 29 de abril de 2016 por diez (10) días; *ii*) el 16 de agosto de 2016 por dos (2) días; *iii*) el 19 de octubre de 2016 por tres (3) días; y *iv*) el 3 de diciembre de 2016 por diez (10) días.

Agregó que, el 6 de abril de 2016, la ARL Positiva le informó que basado en la información entregada por la empresa se determinaba que el evento era de origen común; que el 13 de mayo de 2016, la Junta de Calificación de Invalidez del Meta emitió concepto refiriendo que la lesión no tenía relación con su trabajo de conductor; que el 11 de octubre de 2016, la EPS Cafesalud solicitó los documentos necesarios para realizar la calificación de origen, pero que la empresa a la fecha no los había enviado y pese a que él los había solicitado mediante derecho de petición no le habían dado respuesta tampoco.

Añadió que, el empleador ha demorado los pagos en la seguridad social en varias oportunidades generándole la no atención en salud; que este nunca realizó la investigación del accidente de trabajo como lo ordenaba el Decreto 1295 de 1994, y la Resolución 1401 de 2007; que el 24 de febrero de 2017, radicó derecho de petición ante

Palmocol para que corrija el reporte de accidente de trabajo, el cual también se radicó ante la ARL Positiva; y que se ha caído en varias oportunidades durante el transcurso del 2017 y esto le ha generado lesiones.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

La empresa Palmocol SAS., contestó la demanda (f.º 117-144 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la celebración del contrato de trabajo, la fecha de inicio de laborales pero indicó que el contrato finalizó el 19 de mayo de 2017, debido a que el actor abandonó el cargo sin justificación alguna, también aceptó la remuneración pactada, el cargo a desempeñar, el lugar de prestación de servicio y el resultado del examen de ingreso, considerando que este fue superficial pues no se hicieron estudios especializados; que realizó un reporte de accidente de trabajo al encontrar nexo entre el dolor manifestado por el actor y el suceso del 7 de marzo de 2016, en el que el trabajador tuvo un percance en la carretera al conducir de manera inadecuada, irresponsable e imprudente cogió un hueco en la vía y saltó de manera tan abrupta que se rompieron dos «*hojas*» del camión de carga; además, según su propio relato «*se elevó de su silla y segundos después cayó en la misma*»; que este si asistió al Hospital, que envió los documentos requeridos por la ARL, y que tanto esta como la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del Meta determinaron que la lesión no era de origen laboral.

Frente a los demás hechos, señaló que no eran ciertos, explicando que reportó como accidente de trabajo el suceso que el demandante narró haber sufrido el 7 de marzo de 2016, el cual se dio única y exclusivamente por culpa de él; que el actor no reportó fallas en el camión y tampoco lo desarmó para cambiar las partes dañadas en el suceso en la carretera, porque solo era necesario desarmar unas pequeñas partes en la zona delantera del vehículo; que el Ingeniero Bravo no le ordenó realizar tareas mecánicas, porque estas están asignadas única y exclusivamente al mecánico Milbey Ocampo quien tenía un ayudante para esos fines; que los diagnósticos del señor Lince según la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del Meta era de origen común ya que eran consecuencia de múltiples factores y por la historia natural de la enfermedad

se producía por evolución en el mediano y largo plazo y no son generadas de manera inmediata como consecuencia de un trauma agudo como el descrito.

Formuló las excepciones de fondo de inexistencia del accidente laboral por culpa exclusiva del trabajador / víctima, buena fe, male fe del actor, inducción al error, abuso de confianza, cobro de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

La ARL Positiva, contestó la demanda (f.º 188-195 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que recibió los documentos para determinar el origen del accidente reportado; que el 6 de abril de 2016, informó que el origen no era laboral y que no evidencia que la información registrada en el reporte de accidente de trabajo faltara a la verdad, pues el señor Lince no allegó soporte o prueba que permitiera vislumbrar que el empleador hubiese cometido algún fraude documental y tampoco se aportó copia de alguna denuncia penal por esos hechos; frente a los demás manifestó que no le constaban por corresponder a terceros.

Propuso como excepción de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica o innominada.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 15 de octubre de 2021 (archivo 215 y 219- exp. Físico), resolvió:

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas, conforme la parte motiva del presente fallo.

**SEGUNDO: ABSOLVER** a PALMOCAL S.A.S., y POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante Juan Carlos Lince Mejía.

**TERCERO: COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de \$50.000.

La *A quo*, fijó como problema jurídico determinar si el accidente de trabajo que reportó la empresa Palmocol S.A.S. el 07 de marzo de 2016, era de origen laboral o común, y solo en caso de ser de origen laboral fijar si la empleadora debía pagar al actor una indemnización de perjuicios por lucro cesante y daños morales, y si la ARL Positiva debe pagar algún concepto por prestaciones económicas a este.

Indicó que en el expediente se encontraba probado lo siguiente: *i)* la relación laboral que existió entre el actor y la empresa Palmocol S.A.S., donde se desempeñó como conductor, la cual se ejecutó inicialmente entre el 04 de marzo y el 04 de mayo de 2015, con una prorroga hasta el 2 de noviembre de 2015, y posteriormente pasó a ser a término indefinido; y *ii)* que el 1° de marzo de 2017, el demandante presentó solicitud de corrección del reporte del accidente ante las demandadas.

Empezó por estudiar el accidente sufrido el 07 de marzo de 2016, y su origen, recordando que la pretensión del actor es que se corrija el reporte de accidente de trabajo que realizó su empleador ante la ARL Positiva, en que relaciono hechos que no se ajustaban a la realidad, pues afirma que uno de sus superiores le encomendó el mantenimiento de su vehículo en el patio de la extractora, que en el desarrollo del mismo tuvo que efectuar una fuerza a la hora de extraer un tapón, lo que al día siguiente le generó dolor lumbar e imposibilidad para caminar con normalidad, por lo que con ocasión a este debe establecerse si esa situación es de origen laboral. De otro lado, indicó que la empresa Palmocol S.A.S. sostuvo que en el reporte de accidente registro los datos suministrados por el mismo trabajador, quien al ir manejando probablemente a alta velocidad tomó un hueco en la vía ocasionándole posible malestar físico y daños al vehículo.

Aludió a la definición de accidente de trabajo para lo cual citó textualmente el artículo 3 de la Ley 1592 de 2012, sosteniendo que de la revisión documental se evidenciaba que el empleador había reportado accidente de trabajo el 8 de marzo de 2016, y dentro de la casilla de descripción de accidentes se consignó *«el trabajador se encontraba conduciendo el camión cuando le empezó a surgir un dolor en la cintura no lo indica inmediatamente y el día de hoy al levantarse le ocasiona dificultades al caminar»*; que en igual

sentido se encontraba narrado en la copia de la historia clínica del demandante, de la que extrajo que el señor Lince acudió al servicio médico del 8 de marzo del 2016 donde quedó consignado *«un cuadro de 3 horas de evolución consistente en dolor en región sacra TIP o punzada de inicio súbito mientras conducía vehículo de trabajo»*, y le dieron tres (3) días de incapacidad inicialmente, la que se extendió por diez (10) días más.

Refirió que, en la historia clínica también encontró, ingresó el 29 de marzo de 2016, donde se señaló *«refiere cuadro de varios meses de dolor lumbar que ha venido en aumento. Tratamientos múltiples sin mejoría. Trae reporte TAC que refiere hernia discal»*; que la ARL Positiva efectuó el dictamen de calificación de origen donde el diagnóstico fue trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía de origen común; que dada la controversia fue remitido a la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta quien mediante dictamen 4848 del 13 de mayo del 2016, calificó el diagnóstico como dolor lumbar de tipo mecánico de origen laboral, y la *«protrusión discal L4- L5 con efecto compresivo secundario sobre el saco dural, no tiene relación con el accidente de trabajo, pero por el trabajo que desempeña se sugiere se descarte su origen laboral»*, el cual fue confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a través del dictamen emitido el 22 de septiembre del 2016.

Argumentó que, era claro que el evento había sido calificado por parte de los entes competentes quienes de manera unísona establecieron como accidente de trabajo el diagnóstico del lumbago no especificado al estimarlo como una secuela de este, por lo que dio por acreditada la existencia de un accidente laboral, no obstante, respecto de la pretensión de corrección del reporte de accidente de trabajo para que se tenga el diagnóstico de *«protrusión discal L4- L5 con efecto compresivo secundario sobre el saco dural»* como de origen laboral, indicó que no tenía ánimo de prosperidad porque ninguna de las documentales esbozadas hacía referencia a la versión dada respecto del mantenimiento del vehículo, y sobre esta solo esta su dicho, por lo que el único accidente que encontró acreditado fue el que se dio cuando el actor se encontraba conduciendo al intentar esquivar un hueco, que es lo que repite tanto en los dictámenes como en la historia clínica.

Considero entonces que, el accidente se reportó por parte de la empresa como laboral, y las Juntas de Calificación de Invalidez habían determinado el diagnóstico dolor lumbar de tipo mecánico de origen laboral, por lo que no había lugar a modificar el reporte en mención, y respecto de la lesión de origen laboral verificaría si había lugar al pago de lucro cesante y daño moral por parte del empleador, y prestaciones económicas por parte de la ARL Positiva.

Respecto del lucro cesante, advirtió que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba de demostrar con certeza su causación por lo que no prosperaba dicha petición; frente a los daños morales indicó que, no le era posible determinar los mismos, porque para esa juzgadora no era evidente la existencia de un perjuicio, porque en el proceso nada se había probado en ese sentido respecto de él o su núcleo familiar; y afirmó que según la pérdida de la capacidad laboral del actor era del 0% según dictamen de la ARL Positiva, por lo que no había ni un daño ni un perjuicio.

En lo que tiene que ver con las prestaciones económicas que debe asumir la ARL Positiva, afirmó que no había lugar ni a indemnización ni a pensión de invalidez, porque la pérdida de la capacidad laboral del actor era del 0% según dictamen de esa entidad, por lo que absolvería a esa demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Por lo anterior, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por las demandadas.

La parte demandante no interpuso recurso alguno contra la sentencia proferida en primera instancia.

## **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes aspectos fácticos: *i)* que Palmocol S.A.S. y el actor suscribieron contrato individual de trabajo a término inferior a un año con fecha de inicio 04 de marzo de 2015, y vencimiento 04 de mayo de 2015, el cual pasó a ser a término indefinido con un periodo de prueba de seis (6) meses; y *ii)* que el 08 de marzo de 2016 la empresa Palmocol radicó el formato de informe para accidente de trabajo del empleador de la ARL Positiva, donde reportó que el trabajador Juan Carlos Lince Mejía de ocupación conductor de camión y vehículos pesados, había sufrido un accidente el 07 de marzo de 2016, en su jornada y realizando su labor, y en descripción del accidente señaló *«el trabajador se encontraba conduciendo el camión cuando empezó a sentir un dolor en la cintura, no lo indica inmediatamente y el día de hoy al levantarse le ocasiona dificultad al caminar»*.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar *i)* si el actor sufrió o no accidente de trabajo encontrándose al servicio de la empresa Palmocol S.A.S., y si como consecuencia de ello la accionada debe pagar al actor lucro cesante y perjuicios morales reclamados; y *ii)* establecer si la ARL Positiva debe reconocer al demandante prestaciones económicas como consecuencia del citado accidente.

## **REPORTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO**

El artículo 62 del Decreto 1295 de 1994, señala que:

(...)

*Todo accidente de trabajo o enfermedad profesional que ocurra en una empresa o actividad económica, deberá ser informado por el respectivo empleador a la entidad administradora de riesgos profesionales y a la entidad promotora de salud, en forma simultánea, dentro de los dos días hábiles siguientes de ocurrido el accidente o diagnosticada la enfermedad.*

En el presente asunto es un hecho indiscutido que el 08 de marzo de 2016, el empleador del actor, Palmocol reportó accidente de trabajo sufrido el 07 de marzo de

2016, de acuerdo con lo informado por el trabajador, y allí se consignó «*el trabajador se encontraba conduciendo el camión cuando empezó a sentir un dolor en la cintura, no lo indica inmediatamente y el día de hoy al levantarse le ocasiona dificultad al caminar*».

Conforme a ello, resulta evidente que Palmocol cumplió con su obligación de informar a la ARL sobre la ocurrencia del accidente de trabajo que presuntamente sufrió el trabajador el 07 de marzo de 2016, dentro de los términos fijados por el artículo 62 del Decreto 1295 de 1994.

Ahora bien, respecto de la versión allí dada y sobre la que el actor expone en esta demanda que no corresponde a la realidad, porque según su dicho el accidente ocurrió el 07 de marzo de 2016, cuando el ingeniero Víctor Alfonso Bravo Artunduaga le ordenó entre otras cosas, revisar la transmisión trasera del camión que él conducía, por lo que él había asumido la carga, poniendo la espalda en el piso y con las piernas hacia arriba contra la pieza que debían retirar e hizo fuerza para soltar un tapón que nunca salió, procede la Sala a revisar el caudal probatorio obrante en el informativo, con el fin de esclarecer lo sucedido.

Al respecto, se observa que la parte actora con el fin de corroborar su versión solicitó los testimonios de Jesús María Roldan Martínez, Víctor Alfonso Bravo Artunduaga, Milbey Ocampo, los cuales fueron decretados, pero al momento de su práctica el apoderado desistió de la prueba, y dado que el señor Víctor Alfonso Bravo Artunduaga también había sido citado por la empleadora, se escuchó a este, quien informó que aun laboraba para la empresa demandada; al preguntársele por el accidente de trabajo bajo controversia, señaló que este había sido tal cual como se había informado en el reporte que se envió a la ARL en ese momento; que el actor iba conduciendo su vehículo cuando cogió un hueco y ahí fue cuando el sintió el dolor, después fue que se hizo el reporte con el testimonio de él porque fue la persona que sufrió el suceso; que él se fue para urgencias con ese reporte y allí inició el proceso médico que se le llevó; que a raíz del golpe al camión se le partieron las dos hojas principales del muelle delantero; que la reparación del vehículo la hizo el mecánico de la empresa el señor Milbey Ocampo; que después del accidente el actor ya no podía

montar en moto ni en carro y caminaba con un bastón, entonces empezó a dejar de asistir al trabajo, pese a que la empresa le ofreció recogerlo en casa al iniciar la jornada y dejarlo en su casa al finalizar la misma; que él sí participó en labores de mecánica, pero cosas muy pequeñas porque para eso tenían un mecánico.

De otra parte, de las pruebas documentales allegadas tales como la historia clínica, se observa que el demandante se presentó en urgencias del Hospital San Carlos donde indicó que consultaba por accidente laboral y se indicó *«paciente de 37 años con cuadro de 3 horas de evolución consistente en dolor en región sacra TIP o punzada de inicio súbito mientras conducía vehículo de trabajo»*, diagnóstico *«M545 Lumbago no especificado»*, mediante TAC de columna lumbar realizado el 12 de marzo de 2016, se diagnosticó *«protrusión discal L4-L5 con efecto compresivo secundario sobre el saco dural»*; en la consulta del 14 de igual calenda, se diagnosticó *«trastorno de disco lumbar y otros con radiculopatía»*. Igualmente, en consulta del 29 de igual mes y año, se señaló respecto de la enfermedad actual *«refiere cuadro de varios meses de dolor lumbar que ha venido en aumento, tratamientos múltiples sin mejora. Trae reporte TAC que refiere hernia discal»*. Así mismo, en consulta del 04 de abril de 2016, se narró *«paciente con cuadro clínico que inició el 7 de marzo de 2016, tipo opresivo, posterior a coger un hueco mientras manejaba un camión en el trabajo, actualmente refiere dolor en la región lumbar, no irradiado, asociado a dolor en el miembro inferior derecho, aumenta con actividad física, calma con reposo, sin tratamiento actual»*.

En ese mismo sentido, existe por parte de la ARL Positiva dictamen de calificación de origen emitido el 04 de abril de 2016, respecto del siniestro del 07/03/2016 donde se determinó que el diagnóstico *«trastorno de disco lumbar y otros, con radiculopatía»*, era de origen común, dada la controversia en el dictamen la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta mediante dictamen 4848 del 13 de mayo de 2016, fijó que los diagnósticos *«1. dolor lumbar de tipo mecánico secundario a accidente de trabajo. 2 el diagnostico protrusión discal L4-L5 con efecto compresivo secundario sobre el saco dural no tiene relación con el accidente de trabajo, pero por el trabajo que desempeña se sugiere se descarte su origen laboral»*. Inconforme con esta decisión, el accionante acudió ante la Junta Nacional de Invalidez, donde a través de dictamen 94285733-14384 del 22 de

septiembre de 2016, se modificó el anterior, estableciéndose que los diagnósticos lumbago no especificado era de origen del accidente de trabajo del 07 de marzo de 2016, y el de otras patologías de la columna lumbar, protrusión discal L4-L5 no eran secuelas del accidente de trabajo; como conclusión refirió respecto de ese último diagnóstico que de acuerdo con los descrito en la literatura médica y por la historia natural de la enfermedad, esta «*se produce por evolución en el mediano y largo plazo y no son generadas de manera inmediata como consecuencia de un trauma agudo como el descrito*».

Finalmente, la ARL Positiva el 11 de febrero de 2019, emitió porcentaje de calificación de la pérdida de la capacidad laboral del señor Lince en el siniestro del 07/03/2016 del 0%.

Conforme al análisis del anterior material probatorio, es evidente que la versión dada por el actor y con la cual pretende se ordene a la empresa Palmacol corregir el reporte de accidente de trabajo sufrido el 07 de marzo de 2016, no tiene sustento alguno, pues tanto el testigo como las documentales referidas relatan que el accidente tuvo ocasión cuando el actor estaba conduciendo y cogió un hueco, máxime que la lesión que pretende sea tenida como consecuencia directa del accidente, esto es, la *protrusión discal L4-L5 con efecto compresivo secundario sobre el saco dural o hernia discal*, fue calificada tanto por la ARL como por la junta regional y la junta nacional de calificación de invalidez como de origen común, además de haber advertido respecto de este diagnóstico que este se presentaba por una evolución en mediano y largo plazo, por lo que no podía ser resultado de un único evento, luego no hay lugar a acceder a esta petición.

Ahora bien, dado que la pérdida de la capacidad laboral del actor producto del siniestro sufrido el 07 de marzo de 2016, es 0%, no hay lugar a reclamar lucro cesante ni perjuicios morales, dado que el accidente laboral no generó un daño, o por lo menos no se acreditó, mucho menos que hubiese ocurrido por culpa del empleador, por lo que no se encuentran reunidos los presupuestos que establece el artículo 216 del CST, para que se genere la indemnización plena de perjuicios.

Al respecto, cabe recordar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL2336-2020, sostuvo:

*[...] se exhibe memorar lo expuesto en la providencia CSJ SL14420-2014 en cuanto a que **para que se cause la indemnización ordinaria y plena de perjuicios consagrada en el literal b), artículo 12 de la Ley 6ª de 1945 (sector oficial) y en el Art. 216 CST (sector particular), debe encontrarse suficientemente comprobada la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional, de modo que su establecimiento amerita, además de la demostración del daño originado en una actividad relacionada con el trabajo, la prueba de que la afectación a la integridad o salud fue consecuencia o efecto de la negligencia o culpa del empleador en el acatamiento de los deberes que le corresponden de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores. La causalidad, es decir, la relación de causa-efecto que debe existir entre la culpa patronal y el daño, a más 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 determinación, el nexo causal se rompe o quiebra, ante la imposibilidad de imputar el resultado dañino a quien se afirma lo cometió por acción u omisión culposa. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

Tampoco se generan las prestaciones económicas del sistema de riesgos laborales, porque para el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial se requiere como mínimo una disminución en la PCL del 5%, presupuesto que en este caso no se demostró.

Por lo anterior y sin más consideraciones se confirmará la decisión de primera instancia.

## **COSTAS**

Sin costas en esta instancia, dado que el proceso se conoció en grado jurisdiccional de consulta en favor del actor.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310502220200042402
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	JUAN MANUEL GARCÍA ESCOBAR
<b>DEMANDADO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES</li> <li>- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.</li> <li>- SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.</li> </ul>

En Bogotá D. C. a los (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

El señor **Juan Manuel García Escobar** pretende que se **declare** la nulidad y/o ineficacia de las afiliaciones y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a Porvenir S.A. y a Old Mutual hoy Skandia S.A.; que se declare que Colpensiones debe activar su afiliación y recibir todos los aportes de su cuenta de ahorro individual. Como consecuencia de ello, pretende que se **condene** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos que se condene a las demandadas a lo que resulte probado conforme a las facultades extra y ultra petita, a las costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f°1- 20 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de mayo de 1957; que desde el 01 de abril de 1982, se afilió al ISS hoy Colpensiones; que el 01 de julio de 1996, se trasladó del RPM al RAIS administrado por Porvenir; que el mentado traslado no estuvo precedido de la información adecuada y completa, debido a que no se le informó sobre las

características, condiciones y diferencias frente al régimen de prima media en la liquidación de las mesada pensionales; que el 22 de diciembre de 2008, suscribió formulario de afiliación con la AFP Skandia S.A., sin que se le hubiese suministrado una información suficiente, adecuada y completa acerca del RAIS o se le hubiese ilustrado un cuadro comparativo entre ambos regímenes.

Afirmó que mediante escritos del 17 de septiembre y de 06 de octubre del 2020 solicitó a Colpensiones, a Skandia y a Porvenir S.A., respectivamente, que se anulara su afiliación al RAIS y se le trasladara al RPM administrado por Colpensiones.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f°2-41 archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor nació 21 de mayo de 1957; que se afilió al RPM con Colpensiones desde el 01 de abril de 1982; que el 06 de octubre de 2020, radicó reclamación administrativa en la que solicitó la anulación de su afiliación al RIAS y retorno al RPM. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso 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 del orden público y la innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 2 a 25 archivo 11 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que el actor a la fecha de la presentación de la demanda se encontraba afiliado a esa AFP. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban. Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, buena fe, inexistencia de obligación, compensación y genérica.

**SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** contestó (fº 3 a 20 archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el 22 de diciembre de 2008, el demandante suscribió formulario de solicitud de afiliación a Skandia S.A., vinculación que se hizo efectiva el 01 de febrero de 2009; que estuvo vigente hasta el 30

de noviembre de 2009; que el 17 de septiembre de 2020, el actor radicó solicitud ante Skandia. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

### **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (f.º 47 a 50, archivo 09 carpeta 1 exp. digital), con fundamento en el contrato de seguro previsional suscrito entre dicha entidad y la nombrada AFP con vigencia del año 2009. Dicho llamamiento fue admitido por el Juzgado de origen por medio de auto del 2 de agosto de 2021 (archivo 12 carpeta 1 exp. digital). Sin embargo, posteriormente, mediante auto del 26 de enero de 2022, el *a quo* dejó sin efecto la admisión del llamamiento en garantía de la mentada aseguradora, argumentando que no se cumplían los supuestos previstos en el artículo 64 del CGP, en razón a que el objeto del litigio no tenía relación alguna con la cobertura pactada en el seguro con base en el cual se efectuó el llamamiento.

Contra la anterior decisión Skandia presentó recurso de apelación y con ocasión de ello, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá en auto del 29 de abril de 2022, resolvió confirmar la decisión del Juez de primera instancia.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 01 de febrero de 2023 (archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor JUAN MANUEL GARCÍA ESCOBAR, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 28 de junio de 1996. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo*

*de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a la AFP SKANDIA S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.*

*CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.*

*QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEPTIMO: CONDENAR en costas a SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.*

Para **fundamentar su decisión**, sostuvo que conforme lo establecido en el literal b) del artículo 13 y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, la selección de régimen pensional debía ser libre y voluntaria por parte del afiliado; que a su vez, el artículo 271 del mismo cuerpo normativo, dispuso que si cualquier persona natural o jurídica limitaba o atentaba contra el derecho de la libre elección de régimen pensional, la afiliación del trabajador quedaría sin efecto; que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, en consonancia con apoyo en la sentencia SL1688-2019 de la CSJ, consagró que las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

Expresó que, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, las administradoras de fondos de pensiones privados estaban obligadas a prestar todos los servicios inherentes a esa calidad y que en ese sentido eran responsables de los perjuicios que por su culpa leve se les generaran a sus afiliados. Arguyó que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, previó que los promotores que empleasen las sociedades administradoras, al momento de la promoción de la afiliación y durante la misma, debían trasladar a los afiliados una información suficiente, amplia y oportuna. Advirtió que estas normas estaban vigentes al momento en que se efectuó el cambio de régimen pensional del actor.

Indicó que, tal y como ha sido expuesto en la sentencia SL3464-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, era la ineficacia, pues, el acto del cambio de régimen, no se restringía a una simple manifestación de voluntad, sino que debía estar ajustado a los parámetros de la libertad informada, la cual no se superaba con el simple diligenciamiento de un formulario con una cláusula genérica, pues el asunto requería contar con elementos de juicio suficiente para entender las consecuencias de la decisión; que la firma del formulario a lo sumo, acreditaba un consentimiento libre de vicios, pero no informado; que dicho deber de información, según la regla jurisprudencial descrita de acuerdo a la época en que se efectuó el traslado, incluía la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, de manera que el afiliado conociera la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de los beneficios pensionales. Igualmente, afirmó que se requería de un análisis calificado de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pudiera emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que le convenía y, por tanto, lo que podría perjudicarle.

Respecto de la carga de la prueba, sostuvo en estos casos se invertía quedando en cabeza de los fondos de pensiones, conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrecía el servicio, pues este era el experto en la materia. Sostuvo que conforme la historia laboral y formulario de afiliación se acreditaba que la promotora realizó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual; que a pesar de lo anterior, el fondo demandado incumplió el deber que le impone el artículo 167 del CGP, pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, entre otros aspectos.

Señaló que, descendiendo al caso en concreto se encontraba demostrado con la historia laboral, ya que no se allegó al plenario el formulario de afiliación a Porvenir S.A., que el 28 de junio de 1996 el demandante se trasladó del RPM al RAIS administrado por Porvenir, que posteriormente, el 08 de marzo de 2008 efectuó un cambio de fondo privado a Horizonte – hoy Porvenir S.A. y que el 22 de diciembre de 2008 se vinculó a la AFP Skandia. Con base en lo expuesto, el Despacho determinó que le incumbía a la AFP Porvenir acreditar el cumplimiento al deber de información, carga que no cumplió, pues no demostró en los términos señalados por la Corte, haberle brindado al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las

características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que del interrogatorio de parte del actor no se desprendía ninguna confesión, pues éste expuso que al momento del traslado el asesor de Porvenir solo le indicó que el ISS desaparecería y que por ello debía trasladarse al RAIS, de modo que resultaba claro que la nombrada AFP incumplió el deber de información, lo que devenía en la ineficacia del traslado al RAIS.

Argumentó que los cambios entre fondos privados no tenían incidencia alguna en la declaratoria o no de ineficacia, ya que el traslado de régimen pensional era uno solo, es decir, el realizado a Porvenir en el año 1996 y que las afiliaciones posteriores no subsanan o superan los yerros en los que incurrió la AFP en el traslado primigenio.

Respecto de la excepción de prescripción, la declaró no probada, pues a su juicio, la controversia pensional se encuentra asociada a un derecho fundamental, por lo tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo.

## RECURSO DE APELACIÓN

**PORVENIR** interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia respecto de la orden de devolver los dineros indexados contenida en el numeral segundo. Al respecto, argumentó que la indexación era la simple actualización de la moneda, por lo que debía tenerse en cuenta que la AFP garantizó los rendimientos mínimos, de modo que los recursos de la cuenta del demandante no se vieron afectados por la inflación, que por el contrario tuvieron rendimientos que superan con creces la depreciación de la moneda. Afirmó que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito de Cundinamarca y de Cali han indicado que los rendimientos obtenidos por las gestiones de las AFPs compensan la depreciación de la moneda, por lo que ordenar a Porvenir S.A. indexar la sumas sería imponerle una doble sanción.

**SKANDIA** presentó recurso de apelación parcial respecto de la orden de efectuar la devolución de los gastos de administración y demás conceptos. Para tal efecto, argumentó que la Ley de manera clara establecía que los gastos de administración correspondían a una contraprestación por la debida gestión de la administradora, la cual fue adelantada de manera idónea y muestra de ello eran los rendimientos obtenidos. Adujo además que, resultaba improcedente la devolución debido a que tales emolumentos no hacían parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que no era dable ordenar su reembolso cuando se efectuaba el traslado de régimen, cuestión que ha sido ratificada por la Superfinanciera de Colombia.

Finalmente, se opuso a la condena de indexar los valores a trasladar, en razón a que ello no había sido pretendido en la demanda, por lo que se vulneraba el principio de la congruencia.

**COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara integralmente la sentencia de primera instancia, argumentado que en este caso la Juez había inaplicado o desconocido lo previsto en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, norma que no había sido derogada y que en ese sentido debida ser acatada por la operadora judicial, en razón a que ella debía estar sometida al imperio de la Ley; que se debían reevaluar los fundamentos fácticos que llevaron a declarar la ineficacia y a ordenar el retorno del actor al RPM, debido a que la motivación real de éste para iniciar el proceso judicial no fue el presunto incumplimiento al deber de información, sino su descontento con la mesada pensional que obtendría en el RAIS, cuestión que no constituía un argumento válido para declarar la ineficacia. Finalmente, mencionó que Colpensiones había sido un tercero que no intervino en el acto de traslado, por lo que la condena en costas en su contra debía revocarse.

### CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver los recursos de apelación presentados por Porvenir, Skandia y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

### PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, así como los traslados horizontales efectuados con posterioridad y si como consecuencia de ello hay lugar a ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **Juan Manuel García Escobar** nació el día 21 de mayo de 1957 (f° 21, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 01 de abril de 1982, hasta el 30 de junio de 1996, acumulando un total de 588,83

semanas (f° 64 – archivo 10 carpeta exp. admin. - 1ª inst. exp. Digital); *iii*) que el 28 de junio de 1996, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de agosto de 1996** (f° 106 archivo 09, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y efectuó traslados horizontales entre AFPs, así:

- Mediante solicitud del 08 de marzo de 2008, se trasladó a Horizonte S.A. – hoy Porvenir, con fecha de efectividad del **01 de mayo de 2008**.
- Mediante solicitud del 22 de diciembre de 2008, se trasladó a Skandia S.A., con fecha de efectividad del **01 de febrero de 2009**.
- Que retornó a Porvenir S.A., con efectividad del **01 de diciembre de 2009**.

### **INEFICACIA DEL TRASLADO**

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que adicionalmente, el demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen

una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

*Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**01 de agosto de 1996**–, la obligación de la AFP Porvenir S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto

es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

De otra parte, del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna en los términos del artículo 191 del CGP, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean al RAIS, tampoco puede perderse de vista, que el actor manifestó no tener ningún conocimiento sobre las desventajas o riesgos de efectuar el traslado, como tampoco acerca de las características del RPM al que pertenecía en ese momento.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz,**

como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores de la afiliada, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retornó al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

*Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

***De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).***

*Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*

*Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).*

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras). Advierte la Sala que en este caso la Juez de primera instancia ordenó la restitución de tales emolumentos respecto de Porvenir S.A., pero no efectuó orden completa respecto de Skandia, por lo que deberá adicionarse la decisión en ese sentido.

Por lo tanto, se hace necesario **Modificar y Adicionar** el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el accionante en esta AFP. Dichos valores deben ser indexados, pues por el transcurso del tiempo han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que

Colpensiones deba asumirla; tampoco puede pensarse que, por haberse generado rendimientos la cuenta de ahorro individual de la actora, no hay lugar a ordenar la indexación, puesto que estos no compensan la devaluación, por lo que se despachará desfavorablemente el reparo que en ese sentido formularon Skandia S.A. y Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

### **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

### **COSTAS**

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso además de Porvenir S.A. y Skandia S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

Frente a las costas en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, se imponen a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir, como quiera no prosperaron los recursos formulados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo el demandante en esta AFP.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, Skandia y Porvenir S.A. la suma de \$1.160.000 para cada una.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
**Magistrado Ponente**

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

RADICADO	110013105023201900776-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	RODRIGO ORLANDO QUIMBAYO BETANCOURT
DEMANDANDO	UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Rodrigo Orlando Quimbayo Betancourt se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación o pensión sanción a partir del 30 de enero de 2014, data en que cumplió 60 años, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los reajustes año a año, a la indexación de la primera mesada; que se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, así como a las costas del proceso.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f.º 4-5 exp. físico), señaló que se vinculó a la liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de

trabajo a término indefinido desde el 25 de noviembre de 1974, hasta el 15 de noviembre de 1991, es decir, por 16 años y 350 días; que el contrato finalizó por mutuo consentimiento a partir del 16 de noviembre de 1991, en audiencia especial de conciliación llevada a cabo el 8 de igual calenda ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué; que el último cargo por él desempeñado fue Secretario Contador grado 06 en la oficina de Suárez Tolima; que el último promedio mensual del salario devengado fue \$247.948; y que mensualmente le pagaban prima de antigüedad.

Narró que, nació el 30 de enero de 1954, por lo que cumplió 60 años de edad en esa misma calenda del año 2014; que realizó la reclamación administrativa ante la UGPP, pero que esa entidad mediante Resolución RDP 029226 del 21 de julio de 2017 negó la pensión proporcional.

### **POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA**

La UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP, contestó la demanda (CD. f.º 41exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la existencia de la relación laboral, la edad del actor, que realizó la reclamación administrativa y el contenido de la Resolución RDP 029226 del 21 de julio de 2017. Frente a los demás manifestó que no le constaban por ser ajenos a esa entidad. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de octubre de 2021 (archivo 40-41 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR que entre la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el señor RODRIGO ORLANDO QUIMBAYO BETANCOURT, se verificó la existencia de un contrato de trabajo, cuyos extremos lo fueron desde el 25 de noviembre de 1974 al 15 de noviembre de 1991, en donde desempeñó como último cargo el de Secretario Contador, grado 06, en la Oficina de Suárez — Tolima, devengando como último salario promedio la suma de \$247.948,00, y el cual terminó por voluntad de las partes.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a RECONOCER en favor del señor RODRIGO ORLANDO QUIMBAYO BETANCOURT, identificado con la C.C. No. 5'921.608, la pensión restringida de jubilación, con fecha de causación a partir del 30 de enero de 2014, en cuantía inicial de \$1'641.317,00; pero lo correspondiente al pago de las mesadas pensionales, se ordena su pago a partir del 07 de abril de 2014, en razón a la prescripción parcial declarada; y la prestación se pagará sobre catorce mesadas anuales, es decir, 12 mesadas pensionales ordinarias, y 2 mesadas adicionales al año, con los reajustes anuales legales respectivos; cuyo retroactivo se indexará desde su exigibilidad al momento de su pago efectivo; conforme se estableció en la parte motiva.*

*PARAGRAFO 1°: se AUTORIZA a la U.G.P.P. realizar los descuentos correspondientes a seguridad social en salud.*

*Parágrafo 2°: Previo a realizar el pago del retroactivo pensional, se deberá Verificar si al señor RODRIGO ORLANDO QUIMBAYO BETANCOURT, se le ha reconocido alguna pensión de vejez por el sistema, en caso afirmativo ésta será compartida con la pensión sanción aquí ordenada, y por tanto, la entidad aquí demandada pagará solamente el mayor valor si lo hubiere.*

*TERCERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción prescripción, respecto de las mesadas pensionales Causadas anterioridad al 07 de abril de 2014, esto es, tres (3) años anteriores contados desde la solicitud de la prestación, y no probadas las demás excepciones*

*CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada.*

El *a quo* indicó que, no era objeto de controversia la vinculación laboral del actor con la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 25 de noviembre de 1974 y el 15 de noviembre de 1991, desempeñando como último cargo el de secretario Contador grado 06 en la oficina de Suárez Tolima, y devengando como último salario \$247.948.

Señaló que, el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, establecía que el trabajador que sin justa causa fuese despedido del servicio, después de haber laborado para la misma durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, tendría derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido; si el retiro se produjere por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del

despido, si ya los hubiere cumplido. Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión, pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad; que la cuantía de esta prestación sería directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del CST, y se liquidaría con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Precisó que, para la data en que terminó la relación laboral del actor el 15 de noviembre de 1991, no se encontraba vigente la Ley 100 de 1993 y, por ende, la norma aplicable era el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, esto como quiera que la edad no constituye un requisito de causación del derecho sino de mera exigibilidad, entonces la pensión se adquiere cuando se produce el retiro del servicio por voluntad del trabajador o por despido injusto del empleador después de cumplido el tiempo mínimo requerido en la mencionada norma.

Expuso que, estaba probado que el actor había prestado los servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por un total de 16 años, 11 meses y 21 días, esto entre el 25 de noviembre de 1974 y el 15 de noviembre de 1991; que el contrato había finalizado de mutuo acuerdo, es decir, retiro voluntario, por esas razones le asistía derecho a la pensión reclamada a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, que para el caso los alcanzó el 30 de enero de 2014.

Explicó que, esta pensión debe liquidarse con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, que para este caso se había establecido en \$247.948 monto que actualizado a la fecha de pensión arrojó \$2.578.659,20 y teniendo en cuenta que el trabajador laboró 6.111 días, le correspondía una tasa de reemplazo del 63,65%, por lo que aplicado al IBL, la mesada pensional para el año 2014 sería de \$1.641.317; que se le deben reconocer 14 mesadas al año y el retroactivo debía ser indexado desde la causación hasta la fecha efectiva de su pago.

Frente a la excepción de prescripción, sostuvo que en este asunto el derecho se causó el 30 de enero de 2014, que la parte demandante presentó reclamación el 07 de

abril de 2017, y la demanda la radicó el 15 de noviembre de 2019, razón por la cual declararías prescriptas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 07 de abril de 2014.

## RECURSO DE APELACIÓN

La UGPP interpuso recurso de apelación insistiendo en que para la fecha en que se cumplieron los requisitos de pensión no se encontraba vigente la Ley 171 de 1961, pues a partir del 1° de abril de 1994 había entrado en vigor la Ley 100 de 1993 derogando las normas pasadas que se referían a derechos pensionales, así dado que para la data referida el actor no había cumplido la edad de pensión no había lugar a acceder a sus pretensiones.

## CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes aspectos fácticos: *i)* que el señor Rodrigo Orlando Quimbayo Betancourt; *ii)* que nació el 30 de enero de 1954; *iii)* que laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en calidad de **trabajador oficial** desde el 25 de noviembre de 1974 hasta el 15 de noviembre de 1991, es decir, 16 años, 11 meses y 21 días; y *iv)* que con su empleador el 08 de noviembre de 1991, celebraron audiencia especial de conciliación donde se acordó que el contrato finalizaba por mutuo acuerdo.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el actor tiene derecho a una pensión proporcional de jubilación por retiro voluntario conforme la Ley 171 de 1961, y solo de ser así, se establecerán los parámetros para su liquidación y pago.

El artículo 8 de la Ley 171 de 1961 en lo relativo a la pensión proporcional por retiro voluntario que prevé:

*Artículo 8º.\_ El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.*

*Si el retiro se produjere por despido sin justa causa **después de quince (15) años de dichos servicios**, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. **Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.** (Negrilla es de la Sala).*

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.*

*En todos los demás aspectos de la pensión aquí prevista se regirá por las normas legales de la pensión vitalicia de jubilación.  
(...)*

Entonces, la pensión especial o restringida de jubilación por retiro voluntario se causa en el momento en que el trabajador se retira del servicio, siempre y cuando para ese instante tenga más de 15 años y menos de 20 al servicio del mismo empleador ya sea de forma continua o discontinua en la medida que la edad no es más que un mero requisito de exigibilidad.

En efecto, este tipo de prestaciones se causan o se estructuran a la terminación de la relación de trabajo, toda vez que el cumplimiento de la edad no es requisito de causación sino de exigibilidad de la prestación, así se dejó establecido en sentencia CSJ SL6446-2015 donde se precisó:

*Sobre este asunto, la Corte se ha pronunciado de manera reiterada, constante y uniforme, entre otras, en las sentencias CSJ SL818-2013, SL889-2013 y SL 16386-2014, en las cuales se explicó que las modalidades de pensión proporcional de jubilación concebidas por el art. 8º de la L. 171/1961 no fueron subrogadas por el I.S.S., por el simple hecho de*

*la afiliación del trabajador, si éste satisfizo los requisitos de dicha normativa, es decir, los dejó causados con anterioridad a la vigencia de la L. 100/1993 independientemente de que la edad la hubiese cumplido con posterioridad, pues como igualmente se ha reiterado por esta Sala, **tal tipo de prestaciones se causan o se estructuran a la terminación del vínculo laboral, de manera que, la edad es apenas una condición de exigibilidad.** (Negrilla es de la Sala).*

Así las cosas, se tiene que el actor laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero según los hechos indiscutidos, un total de 16 años, 11 meses y 21 días, de forma continua, por ende, tiene derecho a esa prestación pensional.

Ahora, ha de señalarse que las pensiones reguladas en la Ley 171 de 1961 conservaron plena validez, de un lado, hasta la entrada en vigor del artículo 37 de la Ley 50 de 1990, para el caso de los trabajadores particulares, y de otro, hasta cuando empezó a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, para los trabajadores oficiales. Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL, 5 feb. 2009, rad. 35251, reiterada en CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 33600; CSJ SL, 9 mar. 2010, rad. 36269; CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 48303 y CSJ SL3001-2014; en esta última se dijo:

*Ahora bien, bajo esta órbita, empieza la Sala por advertir que el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, consagró tanto para trabajadores oficiales como particulares la pensión proporcional de jubilación, en las modalidades de pensión sanción para cuando estos fueren despedidos sin justa causa con más de 10 años de servicio y menos de 20, continuos o discontinuos, y la pensión restringida, cuando se retiraren voluntariamente con más de 15 años y menos de 20 de servicio; es decir que el género es la pensión proporcional de jubilación y las especies la pensión sanción y la pensión restringida. Dicha normatividad fue modificada para los trabajadores del sector privado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, y en ello tiene razón la censura, en el sentido de que se mantuvo para los trabajadores oficiales, hasta la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que nuevamente se refirió a ambos trabajadores, particular y oficial, ocupándose únicamente de la pensión sanción para los no afiliados al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa fueren despedidos con 10 años o más de servicios.*

Lo anterior significa, que el señor Rodrigo Orlando Quimbayo Betancourt desde el 15 de noviembre de 1991, data en que se retiró voluntariamente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, consolidó el derecho a la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues para ese momento no había entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, y tenía más de 15 años al servicio de la entidad, lo cual se traduce a que solo le bastaba esperar a arribar a la edad de 60 años, para exigir la prestación, edad que cumplió el 30 de enero de 2014.

Respecto de la liquidación de esta prestación, el mismo artículo 8º de la Ley 171 de 1961 indicó que sería directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

En ese orden de ideas, la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido al actor, de haber satisfecho las exigencias, sería la establecida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, que dice:

*Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.*

De allí que, la liquidación de la prestación se realiza conforme a lo señalado en el citado artículo 1 de la Ley 33 de 1985 y en correspondencia con 1 de la Ley 62 del mismo año, que estipula:

*Artículo 1º. Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

Ahora bien, en el presente asunto, pese a ser un hecho indiscutido que el último salario o jornal promedio devengado por el demandante correspondió a la suma de \$247.948, esta Sala debe verificar cuales son los factores salariales para tener en cuenta para efectos de liquidar esta prestación, para lo cual se encontró que:

CONCEPTO	VALOR
Sueldo Basico	120.567
Prima de Antigüedad	32.554
Gastos de Representación	0
Prima Técnica	0
Prima Dic/1990	58.945
Prima Jun/1991	249.782
Prima Dic/1991	249.782
Prime Escolar 1991	18.011
Prime Escolar 1992	57.820
Prima Sem Viáticos	0
Prima de Vacaciones	191.342
Incentivo Localización	0
Dominicales/Festivos	0
Salario en Especie	152.400
Auxilio de Transporte	0
Sobrerremuneración	22.859
Viáticos	136.981
Horas Extras	0
Prima Riesgo de Cajero	0
Otros	0

<b>SUMA FACTORES VARIABLES</b>	<b>1.137.922</b>
<b>PROMEDIO</b>	<b>94.827</b>
<b>FACTOR FIJO</b>	<b>153.121</b>
<b>TOTAL PERIODO</b>	<b>247.948</b>

En este caso en particular, los conceptos percibidos por el actor en el último año de servicios, que se enmarcan en lo dispuesto por la ley para ser tenidos en cuenta para conformar la base salarial para liquidar la pensión de jubilación, corresponden a la asignación básica, y la prima de antigüedad, los cuales en el último año de servicio ascienden a un promedio mensual de \$ 153.121.

Lo anterior, porque la prima, la prima escolar, la prima de vacaciones, el salario en especie, la sobrerremuneración y los viáticos devengados, no hacen parte de los factores indicados en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985.

Por lo tanto, el IBL para liquidar la mesada pensional que se tendrá en cuenta es \$153.121, al que se le aplicó una tasa de reemplazo del 63,66% arrojando como primera mesada pensional la suma de \$97.471,09 suma que actualizada desde el año 1991, cuando finalizó el nexo laboral con la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, a la

fecha del momento en que debió iniciar su pago, esto es, al arribar a los 60 años de edad, que lo fue el 30 de enero de 2014, arroja un equivalente a \$1.013.699, tal como se detalla a continuación:

Desde	Hasta	Días Laborados
25/11/1974	15/11/1991	6.111,00
Días Laborados		6.111,00

Tasa de reemplazo	
Días	Tasa de reemplazo
7200	75%
6111	63,66%
Tasa de reemplazo	63,66%

Promedio Salarial 1991	\$ 153.121,00
Tasa de Reemplazo	63,66%
Valor de la mesada 1991	\$ 97.471,09

Tabla Actualización (indexación) mesada pensional				
Valor de la mesada:	IPC Inicial	IPC Final	Factor de indexación	Valor de la mesada
1991	DIC 1990	Dic 2013		2014
\$ 97.471,09	7,65	79,56	10,400	\$ 1.013.699,00
Valor de la mesada a 2014				\$ 1.013.699,00

En lo relativo a la naturaleza compartida o no de la prestación aquí estudiada, es preciso aclarar que existen dos momentos para determinarla, el primero, en el que se estableció que, si bien el Decreto 3041 de 1966, dispuso la incompatibilidad entre las pensiones legales que cubren el riesgo de vejez a cargo del empleador y aquellas que correspondían al extinto ISS, dicho decreto, aprobado por el Acuerdo 224 de 1966, no incluyó las prestaciones consagradas en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 (pensión sanción y prestación por retiro voluntario después de 15 años), por manera que en este estadio serían de naturaleza compatible, pues no fueron subrogadas por el ISS y tampoco se extendió la incompatibilidad de estas frente a aquellas que se causan en el sistema. Así, se precisó en la sentencia CSJ SL5171-2021:

*Al respecto conviene recordar que a partir de la expedición del Acuerdo 224 de 1966 se determinó la incompatibilidad entre las pensiones legales a cargo del empleador y las que debía reconocer el extinto ISS, respecto de las prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de vejez; sin embargo, dicha disposición no incluyó la pensión consagrada en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, en sus dos modalidades, esto es, la pensión sanción derivada*

*del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio y menos de 15 --y la prestación por retiro voluntario--, dispuesta para quienes después de 15 años de servicio y menos de 20 se hubieran retirado voluntariamente del empleo (SL12422-2017).*

*Por manera que, en vigencia de la Ley 90 de 1946 y del Acuerdo 224 de 1966, las pensiones reguladas por el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 resultan plenamente compatibles con la de vejez a cargo del ISS, en tanto no fueron derogadas ni reemplazadas por esta última conforme a la citada normativa, reglamentada por el Decreto 3041 de 1966, y comoquiera que aquellas constituían obligaciones económicas cuyo deudor exclusivo era y es el empleador. Así lo ha adoctrinado esta Corporación en numerosas oportunidades, verbigracia, en la sentencia SL815-2021, (...)*

El segundo momento tiene relevancia a partir de la aprobación de los Acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, en virtud de los cuales, las pensiones como la que es objeto de análisis pasaron a ser compartidas y por tanto incompatibles con las que eventualmente reconociera el ISS, respecto de la cual la empleadora únicamente se obligó a pagar el mayor valor si lo hubiere. Pero esa subrogación del empleador no se produjo de manera automática, sino siempre que continuara realizando los aportes con destino al ISS y hasta la consolidación la prestación ordinaria. Lo que es lógico, puesto que, de no haber efectuado esos pagos, no podría verse relevado el empleador de sus propias obligaciones, lo cual tiene sustento legal en lo dispuesto por el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que puntualmente dispuso:

*ARTÍCULO 17 COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION. Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.*

En el caso presente, como ya se precisó, la pensión restringida de jubilación del demandante se consolidó el 15 de noviembre de 1991, data en que se retiró voluntariamente de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, es decir, cuando por ministerio legal se había dispuesto que esta era de naturaleza compartida con la que el sistema general de pensiones le llegare a reconocer.

De otra parte, en cuanto al retroactivo pensional, no se liquidará el mismo, toda vez que para su pago se debe verificar previamente si el promotor del litigio le ha sido

reconocida pensión de vejez por parte del sistema general de pensiones, como bien lo dijo el juez de primer nivel, aspecto que se desconoce dado que no se allegaron elementos de juicio que permitieran esclarecer esa puntal situación; lo anterior por cuanto al ser la prestación aquí reconocida de carácter compartible, en tal evento la UGPP solo deberá pagar el mayor valor, si lo hubiere.

Por último, frente a la excepción de prescripción propuesta por la demandada se advierte que esta se encuentra probada parcialmente, como quiera que el derecho del actor se hizo exigible el 30 de enero de 2017, y presentó reclamación administrativa el 07 de abril de 2017, interrumpiendo con esta el término trienal prescriptivo al que aluden los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS sobre las diferencias en las mesadas pensionales causadas tres años atrás, esto es, desde el 07 de abril de 2014, tal como lo determinó el *a quo*, por lo que ha de confirmarse la decisión de primera instancia en este punto.

De conformidad con lo anterior, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la UGPP, se modificará el numeral primero, en el sentido de declarar que el último salario devengado lo fue por la suma de \$153.121, y el numeral segundo respecto de la cuantía inicial de la prestación para el año 2014, la cual asciende a la suma de \$1.013.699. Y se confirmará en lo demás.

## **COSTAS**

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

**PRIMERO: DECLARAR** que entre la extinta CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el señor RODRIGO ORLANDO QUIMBAYO BETANCOURT, se verificó la existencia de un contrato de trabajo, cuyos extremos lo fueron desde el 25 de noviembre de 1974 al 15 de noviembre de 1991, en donde desempeñó como último cargo el de Secretario Contador, grado 06, en la Oficina de Suárez — Tolima, devengando como último salario promedio la suma de **\$153.121**, y el cual terminó por voluntad de las partes.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, el cual quedara así:

**SEGUNDO: CONDENAR** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, a RECONOCER en favor del señor RODRIGO ORLANDO QUIMBAYO BETANCOURT, identificado con la C.C. No. 5'921.608, la pensión restringida de jubilación, con fecha de causación a partir del 30 de enero de 2014, en cuantía inicial de **\$1'013.699**; pero lo correspondiente al pago de las mesadas pensionales, se ordena su pago a partir del 07 de abril de 2014, en razón a la prescripción parcial declarada; y la prestación se pagará sobre catorce mesadas anuales, es decir, 12 mesadas pensionales ordinarias, y 2 mesadas adicionales al año, con los reajustes anuales legales respectivos; cuyo retroactivo se indexará desde su exigibilidad al momento de su pago efectivo; conforme se estableció en la parte motiva.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada, por las razones anteriormente expuestas.

**CUARTO: COSTAS** en esta instancia cargo de la parte demandada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**AUTO DEL PONENTE:**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada la suma de \$1.160.000.



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310502620190081501
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	GEORGE RAIS MANDELBAM
<b>DEMANDADO</b>	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor **GEORGE RAIS MANDELBAM** se **declare** la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) con Colfondos S.A. y que se autorice su traslado al RPM. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se **ordene** a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes que hubiese recibido con motivo de su afiliación, con todos sus rendimientos sobre las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, junto con los gastos de administración y rendimientos financieros; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f° 88 a 96 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que realizó cotizaciones por pensión al RPM con el ISS hoy Colpensiones; que fue trasladado al RAIS administrado por Colfondos; que firmó formulario de afiliación con el convencimiento de que el RAIS era su mejor opción; que al momento del traslado Colfondos no le brindó una asesoría adecuada, pues no le suministró una información completa y clara sobre las reales implicaciones que le conllevarían dejar el RAIS.

Narró que, el 03 de septiembre de 2019, presentó escritos ante Colpensiones y Colfondos solicitando la declaratoria de la ineficacia de su afiliación al RAIS y el traslado al RPM y que fueron contestados de manera negativa por ambas entidades.

### **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (f° 112 – 118 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones; que posteriormente se trasladó al RAIS con Colfondos S.A.; que el 03 de septiembre de 2019, presentó escritos ante Colpensiones y Colfondos solicitando la declaratoria de la ineficacia de su afiliación al RAIS y el traslado al RPM y que tales solicitudes fueron contestadas de manera negativa por ambas entidades. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación del derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y presunción legal de los actos administrativos.

De otro lado, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** contestó (f° 3 – 16 archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó sólo que el actor el 03 de septiembre de 2019, había presentado ante la AFP solicitud de ineficacia de traslado y autorización para retornar al RPM, la cual fue despachada desfavorablemente. Respecto de los demás hechos, indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de fondo, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de julio de 2021 (archivo 008 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de marzo de 2004.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada COLFONDOS. Fijándose como agencias en derecho la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$600.000).*

**Para fundamentar su decisión**, resaltó que ese Despacho antes había sostenido que los procesos en los que se cuestionaba la validez del traslado debían examinarse por la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, concluyendo que el acto de traslado adquiriría firmeza después de haber transcurrido cuatro años desde su realización, por tratarse de una nulidad relativa fundamentada en un vicio del consentimiento. Sin embargo, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL12136-2014, en virtud de lo previsto los artículos 13 literal b), y 271 de la Ley 100 de 1993, determinó que en estos casos lo que debía analizarse era si el acto jurídico había sido o no eficaz.

Expuso que, en ese sentido se debía verificar si la administradora había puesto en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado, a su vez los beneficios que obtendría, de modo que la entidad debería demostrar que garantizó una decisión informada que permitió una expresión de la voluntad autónoma y consciente, pues no podría existir una decisión libre y voluntaria cuando el afiliado desconocía sobre la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales, ni podía entenderse satisfecho ese requisito mediante una manifestación genérica impresa en un formulario de afiliación; que le correspondía a las AFPs dar cuenta de que documentaron de manera clara y suficientemente los efectos que acarrearía el traslado, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Adujo que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, igualmente ha determinado que el deber de información a cargo de las AFP ha existido desde el momento mismo de su creación con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que aunque el mismo ha evolucionado con el transcurrir del tiempo para aumentar su nivel de exigencia, lo cierto era que no se podía desconocer que el mismo siempre ha debido permear las actuaciones de los fondos privados y que su contenido y alcance mínimo consistía en la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que el simple consentimiento

vertido en un formulario de afiliación genérico no satisfacía tal deber, cuya demostración estaba a cargo de la AFP.

Refirió que, en el caso bajo estudio obraba formulario de afiliación suscrito por el demandante ante la AFP Colfondos S.A. el 12 de marzo de 2004, el cual daba cuenta simplemente de que el actor suministró sus datos personales y que había plasmado su firma, sin que del mismo se pudiesen extraer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el tránsito, ni tampoco la información entregada por la AFP, razón por la cual era necesario acudir a los demás elementos de prueba que no acreditaban que se le hubiese puesto en conocimiento la información idónea para que el traslado fuera eficaz.

Expresó que, el actor en su interrogatorio había narrado que el asesor de la AFP le afirmó que el ISS desaparecería y que en el RAIS tendría un rendimiento superior, sin haber recibido explicación sobre las modalidades de pensiones del RAIS, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas en cada régimen, el funcionamiento o características de ambos sistemas, razón por la que se debía concluir que la mentada AFP no cumplió con el deber legal de acreditar que efectivamente brindó una asesoría clara suficiente, oportuna y eficaz sobre las características, condiciones, efectos, ventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que por disposición del artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable y que, conforme lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

## **CONSULTA**

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el a quo resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

## **CONSIDERACIONES**

Procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por el actor en el RAIS, junto con los gastos de administración.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i*) que el señor **GEORGE RAIS MANDELBAM** nació el 17 de septiembre de 1959 (f°4 - archivo 04, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii*) que cotizó al RPM con el ISS hoy Colpensiones entre el 01 de enero de 1995 y el 30 de abril de 2004, acumulando un total de 390 semanas (archivo GRP-SCH-HL de la carpeta 7 en carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii*) que el **12 de marzo de 2004**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colfondos S.A., acto que se hizo efectivo a partir del **01 de mayo de 2004** (f° 18 y 19 archivo 04, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), administradora en la que continúa afiliado.

## INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la

documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

*Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de mayo de 2004**-, la obligación de la AFP Colfondos S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colfondos, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les

correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, cuestión que fue declarada por el A quo.

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese panorama resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), cuestión que no fue ordenada en su integridad por el a quo.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Todo lo anterior, con ocasión del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de Colpensiones a efectos de evitar una afectación a sus recursos.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

## **COSTAS**

Sin costas en esta instancia, como quiera que ninguna de las partes apeló la decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

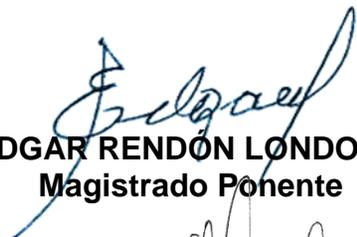
**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada

**República de Colombia**



Libertad y Orden

**Rama Judicial  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D. C.  
SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

<b>RADICADO</b>	11001310502620200007101
<b>CLASE DE PROCESO</b>	ORDINARIO LABORAL
<b>DEMANDANTE</b>	MARÍA NANCY FORERO SERRANO
<b>DEMANDADO</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES</li> <li>- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.</li> <li>- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.</li> </ul>

En Bogotá D. C. a los veinticuatro (24) días del mes de julio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

**SENTENCIA:**

**ANTECEDENTES**

Pretende la señora **MARÍA NANCY FORERO SERRANO** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A., por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, que se **ordene** su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiese cambiado de régimen; que se **condene** a la AFP Porvenir S.A., como fondo al que actualmente se encuentra afiliada, a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración o cualquier otro rubro que se hubiese descontado; que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho y a lo que resulte probado en ejercicio de las facultades extra y ultra petita.

**Como hechos fundamento de las pretensiones** (f°2 - 38 archivo 01 primera inst. exp. digital), señaló en síntesis, que al inicio de su vida laboral se afilió al RPM con el entonces Instituto de Seguros Sociales – ISS, hoy Colpensiones desde el 02 de noviembre de 1982; que como consecuencia de la publicidad realizada por los fondos de pensiones se trasladó al RAIS con Colmena en diciembre de 1998; que la nombrada AFP fue absorbida por Protección S.A.; que al momento del traslado el promotor de la AFP se limitó a llenar un formato preimpreso, sin informarle de manera clara cuáles eran las diferencias entre regímenes pensionales, las ventajas, desventajas y funcionamiento de cada uno y que en general no le brindó una asesoría veraz, oportuna y objetiva que le permitiera conocer las implicaciones del acto del traslado, los requisitos para acceder a las prestaciones económicas del RAIS, como tampoco le suministró una proyección de su mesada en cada régimen.

Afirmó que, le solicitó a Protección S.A. copia de los documentos que le entregó al efectuar la asesoría previa al cambio de régimen, sin que esta entidad le hiciera entrega de estos; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A.; que solicitó ante Porvenir S.A, Protección y Colpensiones la anulación de su afiliación al RAIS y retorno al RPM, lo cual fue contestado de manera negativa por cada entidad; que de haber permanecido en el RPM su mesada pensional ascendería a \$3.645.924, mientras que en el fondo RIAS sería de \$828.117; que a la fecha de la presentación de la demanda continuaba afiliada a Porvenir S.A.

## **CONTESTACIONES DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** contestó (archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que la demandante le solicitó la anulación de su traslado, que esta entidad dio respuesta negativa y que a la fecha de la presentación de la demanda no ha accedido a vincularla al RPM. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban. Como excepciones de mérito propuso las de perfeccionamiento de actos de relacionamiento, inexistencia del derecho, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la innominada o genérica.

**La AFP PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f° 3 a 33 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto a lo hechos, aceptó que la demandante como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por Colmena S.A. se trasladó a esa entidad el 17 de diciembre de 1998; que esa AFP fue absorbida por Protección S.A.; que la demandante le solicitó copia de los documentos entregados al haber realizado el traslado y la anulación de su afiliación al RAIS, la cual fue contestada de forma negativa por esta entidad y que a la fecha de la presentación de la demanda las

entidades demandadas no han anulado su afiliación al RAIS ni la han trasladado al RPM. Respecto de los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

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

El a quo, mediante en auto del 20 de septiembre de 2022, tuvo por no contestada la demanda por parte de **PORVENIR S.A.**, decisión que no fue cuestionada por ninguna de las partes.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 06 de diciembre de 2022 (archivos 20 y 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

*PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARÍA NANCY FORERO SERRANO al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del 17 de diciembre de 1998, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Todo lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante.*

*QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*

*QUINTO (SIC). CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)*

**Para fundamentar su decisión**, resaltó que ese Despacho antes había sostenido que este tipo de procesos en los que se cuestionaba la validez del traslado, debían examinarse por la óptica de los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil, concluyendo que el acto de traslado adquiriría firmeza después de haber transcurrido cuatro años desde su realización, por tratarse de una nulidad relativa fundamentada en un vicio del consentimiento. Sin embargo, precisó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 12136-2014, en virtud de lo previsto los artículos 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, determinó que en estos casos lo que debía analizarse era si el acto jurídico había sido o no eficaz.

Expuso que, en ese sentido se debía verificar si la administradora había puesto en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado, a su vez los beneficios que obtendría, de modo que la entidad debería demostrar que garantizó una decisión informada que permitió una expresión de la voluntad autónoma y consciente, pues no podría existir una decisión libre y voluntaria cuando el afiliado desconocía sobre la incidencia que aquella podía tener frente a sus derechos prestacionales, ni podía entenderse satisfecho ese requisito mediante una manifestación genérica impresa en un formulario de afiliación; que le correspondía a las AFPs dar cuenta de que documentaron de manera clara y suficientemente los efectos que acarrearía el traslado, so pena de declarar ineficaz ese tránsito, que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que el mismo no podría entenderse satisfecho con la mera firma de un formulario preimpreso.

Adujo que, en el caso bajo estudio obraba formulario de afiliación suscrito por la demandante el 17 de diciembre de 1998 ante la AFP Colmena S.A. el cual daba cuenta simplemente de que la actora suministró sus datos personales y que había plasmado su firma, sin que del mismo se pudiesen extraer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el tránsito, ni tampoco la información entregada por la AFP, razón por la cual era necesario acudir a los demás elementos de prueba que no acreditaban que se le hubiese trasladado la información idónea para que el traslado fuera eficaz.

Expresó que, la actora en su interrogatorio indicó que estuvo en dos reuniones con los asesores de Colmena hoy Protección S.A. en las que le dijeron que el ISS se iba a acabar y que en el RAIS tendría un rendimiento superior, sin haber recibido explicación sobre las modalidades de pensiones del RAIS, el funcionamiento o características de ambos regímenes, razón por la que se debía concluir que la mentada AFP no cumplió con el deber legal de acreditar que efectivamente brindó una asesoría clara suficiente, oportuna y eficaz sobre las características, condiciones, efectos, ventajas y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Finalmente, precisó que en este caso no era procedente considerar que los traslados posteriores horizontales correspondían a actos de relacionamiento, pues para que pudieran tenerse como tales el afiliado debía conocer las características de cada régimen pensional y, como no era el caso, la decisión de ineficacia afectaba la afiliación a Protección y a Porvenir.

### CONSULTA

Ninguna de las partes formuló recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, por lo que el a quo resolvió remitirlo a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, a efectos de que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

### CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

### PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente a Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, los gastos de administración, así como recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, porcentajes destinados a seguros previsionales.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la **MARÍA NANCY FORERO SERRANO** nació el 28 de noviembre de 1963; *ii)* que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones y cotizó desde el 02 de noviembre de 1982, al 31 de diciembre de 1998, un total de 829,43 semanas (archivo HISTORIA LABORAL CONSOLIDADA carpeta 07 carpeta 1ª inst. exp. digital); *iii)* que a través de formulario firmado el 17 de diciembre de 1998, solicitó el traslado de régimen pensional a la Colmena S.A. – hoy Protección S.A., el cual se hizo efectivo el **01 de enero de 1999** (f° 43- 47 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital); y *iv)* que el 20 de mayo de 2003, se trasladó a Porvenir S.A. con efectividad del 01 de julio de 2003, donde continúa afiliada a la actualidad (f° 47 archivo 08 – f° 62 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital)

## INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal

b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

*Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.*

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de noviembre de 1999**-, la obligación de la AFP Protección S.A. se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colmena hoy Protección S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena hoy Protección S.A., de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

*Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.*

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

*De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.* (Negrillas fuera del texto original).

*Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.*

*Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.*

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, cuestión que fue declarada por el A quo.

En lo que respecta a **la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia**, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese Colmena, resulta necesario disponer que la AFP traslade a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades,

tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

*[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado 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 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 SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020).* (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, la devolución de tales emolumentos fue ordenada por la Juez de instancia, pero se omitió ordenar su indexación, por lo que esta Sala de Decisión dispondrá su devolución indexada a Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar los numerales segundo y tercero de la sentencia de primer grado, a efectos de condenar a Protección S.A. y a Porvenir S.A. a retornar los emolumentos ordenados por el a quo más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta 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 (CSJ SL 4911-2019).

## **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo como tampoco las consecuencias económicas que esta declaración se derivan (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

## **COSTAS**

Sin costas en esta instancia, como quiera que ninguna de las partes apeló la decisión.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir los emolumentos ordenados por el a quo más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados.

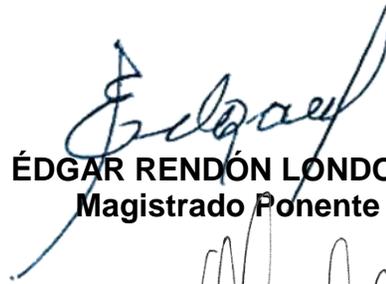
**SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones y esta

a su vez a recibir los emolumentos ordenados por el a quo más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., debidamente indexados.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia consultada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Magistrado Ponente



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**  
Magistrada



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**  
Magistrada