



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUISA FERNANDA REY GALLEGO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.**

**RADICADO: 110013105 003 2021 00207 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos presentados por los apoderados de Porvenir, Skandia y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de diciembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el caso de estudio, se tiene que el traslado efectuado por la parte demandante goza de plena validez, siendo potestad única y exclusiva del afiliados, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esto de conformidad con el artículo 107 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia al considerar que ninguno de los presupuestos legales se allegó ni resultaron

demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243, y 244 del Código General del Proceso y el párrafo del artículo 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que de conformidad con los documentos allegados en el proceso se encuentra probado que la actora no recibió por parte de la demandada Porvenir, al momento de la suscripción del formulario de traslado de régimen pensional, información, clara, completa, suficiente y necesaria, que le permitiera tomar una decisión de traslado del régimen de prima media con prestación definida.

## **I. ANTECEDENTES**

La señora Luisa Fernanda Rey Gallego, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., así como también los traslados horizontales que efectuó a Skandia S.A, Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, así como también las sumas de dineros percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 23 de junio de 1969; que se afilió en el mes de agosto de 1992 al Instituto de los Seguros Sociales; que el 1 de noviembre de 1999 se trasladó a Porvenir S.A; que posteriormente efectuó traslado en el mes de agosto de 2022 a Skandia S.A y en mayo de 2006 a Protección S.A., sin que se le hubiera suministrado al momento de la suscripción del formulario de traslado información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, artículos 13 literal e, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003; artículos 1, 2, 3., 11, 12, 13, 60 literal c, 67, 68, 90, 113,

114 y 271 de la Ley 100 de 1993; Artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; Decreto 656 de 1994 artículo 4 Decreto 692 de 1994 artículo 12, Decreto 720 de 1994 artículo 720: Decretos 3798 y 3800 de 2003, 3995 de 2008, reglamentarios de la ley 100 de 1993. Artículos 1603, 1604, 1740, 1741, 1742, 1743 del Código Civil; Ley 795 de 2003 artículo 21; Ley 1328 de 2009 artículos 3, 5 y 11; Circular 31 de 2015 de la Superintendencia Financiera y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31314 de 2008 u 33083 de 2011.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado efectuado por la actora en el año 1999, fue producto de la voluntad y decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la decisión, funcionamiento del RAIS, condiciones pensionales, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SKANDIA, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación realizada con la AFP se efectuó dentro del marco legal vigente para la fecha de afiliación el 1 de agosto de 2002 al 31 de marzo de 2006 y conforme a los postulados de buena fe, gozando de plena validez. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la demandante se encuentra inhabilidad para traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos del procesos no son iguales o similares a sentencias invocadas, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier

fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió la actora, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A, de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 7 de diciembre de 2022, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante LUISAFERNANDA REY GALLEGO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el 8 de octubre de 1999, y con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año, así como la ineficacia de los traslados horizontales que se realizaron con posterioridad, de PORVENIR S. A. a SKANDÍA S. A., el 6 de junio de 2002, y de SKANDIA S. A. a PROTECCIÓN S. A., el 10 de febrero de 2006, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen de Prima Media administrada por COLPENSIONES, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante LUISA FERNANDA REY GALLEGO por concepto de cotizaciones obligatorias, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá trasladar los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima que se hubiese descontado, todo conforme la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a las AFP'S SKANDIA S. A. y PORVENIR S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores correspondientes a los gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada uno de estos Fondos, todo conforme la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES aceptar el traslado y recibir los dineros que efectúen las AFP SKANDIA S. A., PROTECCIÓN S. A. y PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante LUISA FERNANDA REY GALLEGO, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.*

*QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por la Demandada COLPENSIONES, denominada principio constitucional de sostenibilidad del sistema financiero, y la de PRESCRIPCIÓN propuesta por todas las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.*

*SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas SKANDIA, PROTECCIÓN, PORVENIR, y COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL (\$1.400.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una.*

*SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial en lo referente a la condena de trasladar los gastos de administración debidamente indexados, al considerar que debe acogerse la teoría de las restituciones mutuas consagradas en el artículo 1746 del Código Civil de conformidad con lo expuesto en sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en consecuencial no tenerse ningún fundamento para que se

ordenara dicha devolución diferentes a las indicadas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, ya que ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de la afiliada, constituyéndose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; resaltó que dichos dineros al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales están sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación en lo referente a condenar a la AFP a la devolución de gastos de administración y las primas de seguros previsionales, al considerar que ya acaecieron en favor de la demandante, en virtud de que dichos dineros se utilizaron para administrar la cuenta de ahorro individual y el ordenar ese traslado se estaría desconociendo un trabajo a realizó la entidad desde el año 2002 hasta el año del 2006 en aras de incrementar el capital conforme lo establece la Ley 100 de 1993; por otro lado precisó que en cuanto las primas previsionales resaltó que dichos dineros nunca los administró la AFP en virtud los contratos de aseguramiento que efectuó, en consecuencia precisó que se estaría generando un deterioro al patrimonio propio.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, en primera medida por la condena en costas a la entidad con fundamento en que la negativa de recibir a la demandante el Régimen de Prima Media se dio únicamente a la imposibilidad legal que se encuentra contenida en la Ley 797 de 2003; resaltó que la demandante en ningún momento la actora mostro un ánimo de traslado o de retorno al RPM, permaneciendo de esta manera al RAIS por más de 20 años y en diversos fondos privados llegando se a la conclusión que no se dan los presupuestos de la declaratoria de ineficacia o nulidad.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por

considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 8 de octubre de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

*"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin.* CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de diciembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES FUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ STELLA CASTIBLANCO CORTES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

**RADICADO: 110013105 007 2021 00422 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de marzo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29, el ajusto a las normas preexistentes al acto que se juzga.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que las demandadas no lograron demostrar que cumplieron con su deber de proporcionar información, ni en el momento de la afiliación ni durante todo el periodo que la actora estuvo afiliada al RAIS, causando así una violación directa a los derechos de la señora Luz Stella.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP a trasladar a la Administradora de Pensiones-Colpensiones el capital ahorrado más los frutos y beneficios que ha percibido, los gastos de administración y cuota de manejo que hubieses descontado. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 11 de marzo de 1963; que el 1 de mayo de 1998 se afilió al Régimen de Prima Media administrado hoy por Colpensiones; que el 1 de agosto de 1999, se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A; que el asesor de dicho fondo no le suministro la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los 26, 46, 48,53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271, 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 167 del Código General del Proceso, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, la Ley 1328 de 2009, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa N°016 de 2016 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 3571 de 2021, 1741 de 2021, 1421 de 2019, 4964 de 2018.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubieses hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho,

prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió la actora, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 1 de marzo de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora LUZ STELLA CASTIBLANCO CORTES con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 30 de abril de 1999 contenida en el formulario No. No. 1010460552.*

*SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora LUZ STELLA CASTIBLANCO CORTES dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales del demandante desde 1999, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.*

*QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – PROTECCIÓN S.A.*

*SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.*

*SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior a favor de Colpensiones.”*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 46106 de 2012 se tiene como válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales, las demás no serán válidas ni legítimas. Que para el momento de solicitar el traslado estaba en tiempo conforme a la Ley 797 de 2003, es decir, lo hizo en oportunidad.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que frente a la inversión de la carga de la prueba no resulta ser automática, sino que debe analizarse cada caso en concreto; en el presente asunto se presenta una negligencia por parte de la demandante, en virtud de que no tuvo diligencia en preguntar frente a cualquier inquietud que tenía y así como también que no leyó el formulario de afiliación, circunstancias que demuestran la falta de interés que no puede ser trasladada a las demandadas; señaló que la parte actora pone en conocimiento que la información brindada, resulta ser idónea en lo que respecta en que son características propias del RAIS; por otro lado, resaltó que si se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad contrario por lo expuesto por el Juez de instancia al no existir una cuenta de ahorro individual, en consecuencia solicitó se revoque el fallo proferido.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por

considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A, el 30 de abril de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUISSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARMEN ROSA GONZALEZ MAYORGA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 009 2019 00627 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora María Alejandra Barragán Coava, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.300.940 y tarjeta profesional No. 305.329 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

## **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre de 2021, en la cual se ordenó la ineficacia del traslado y los recursos de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión para que en su lugar se absuelva de la misma.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados del demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

### **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó al RAIS con el Fondo de Pensiones y Cesantías Davivir hoy Protección S.A., así como del traslado horizontal efectuado a Provenir S.A.A., como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, a Colpensiones a activar su

afiliación en pensión y recibir todos los aportes girados por Porvenir S.A., a lo que resultare probado ultra y extra y al pago de las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que el día 19 de enero de 1987, se vinculó con la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Bogotá, fecha en que también fue afiliada al RPM administrado por Cajanal; que de acuerdo con formulario expedido por Davivir se trasladó al RAIS con tal fondo, el 27 de junio de 1997, sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional, posteriormente efectuó traslados horizontales los cuales de acuerdo con la historia laboral acaecieron así: desde 07/1998 hasta 09/1998 y entre 11/1998 hasta 12/1998 con la AFP ING – Horizonte hoy Protección S.A. y entre el 12/1998 hasta 12/2018 con Porvenir S.A.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que se encontraban ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, destacando que el formulario de vinculación suscrito se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose con este su afiliación, que debía tenerse en cuenta que el monto de la pensión en el RAIS se ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos

como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 y 3099 de 2015, por lo que no era posible afirmar que la forma en que se liquidaba la pensión en RAIS hiciera nula o ineficaz la afiliación y tampoco podía soportarse tal pretensión en las aspiraciones económicas.

Propuso las excepciones 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 prima previsional, innominada o genérica y traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir S.A.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, negó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran hechos los restantes. El Fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la actora pretendía desconocer la restricción legal contenida en el numeral e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y en lo que respectaba a su representada, la afiliación con Porvenir S.A., gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada libre de presiones o engaños por lo que se trató de una decisión voluntaria, debiéndose tener en cuenta además que siempre le garantizó el derecho de retracto y cumplió con todas las obligaciones respecto del deber de información.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, refirió que era cierto el hecho 1° y que no le constaban algunos hechos y que no eran ciertos los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición, radicó en que la actora se encontraba inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, lo que imposibilitaba tener a la accionante como afiliada al RPM ya que ello contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio de sostenibilidad financiera del sistema, adicionalmente, debía tenerse en cuenta que la actora se trasladó al RAIS, de maneta libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia del régimen y si bien desconocían las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se llevó a cabo la asesoría no obraba ninguna prueba que demostrara vicio del consentimiento.

Formuló las excepciones de mérito de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de noviembre de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Carmen Rosa González Mayorga, entre el RPM administrado por Cajanal al RAIS administrado por Davivir hoy Protección, el 27 de junio de 1997.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Carmen Rosa González Mayorga, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**TERCERO: CONDENAR** a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones, que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante Carmen Rosa González Mayorga, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

**CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir de PROTECCION y PORVENIR, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas

**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

**SEXTO: COSTAS.** Lo serán a cargo de PROTECCIÓN S.A. Tásense por Secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (01) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

**SÉPTIMO:** Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que de acuerdo con lo establecido en el literal b del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como, la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, relacionada con la obligación del deber de información y del contenido mínimo en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada

régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, señalándose que en el presente asunto esto no se encontró acreditado, siendo que esto no se podía deducir del formulario de traslado ni de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido o por la profesión de la demandante (abogada), ni de los traslados efectuados entre administradoras del RAIS.

Igualmente, indicó que nuestro órgano de cierre ya tenía decantado que cuando se efectuara la ineficacia de un afiliado que cotizó a Cajanal, no era la UGPP la llamada a recibir el traslado sino Colpensiones por ser la administradora principal del RPM.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación solicitando sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El apoderado de **Colpensiones**, señaló que la juez de primera instancia invirtió la carga de la prueba declarando que no se demostró que la asesoría brindada respecto a las características del RAIS, fuera completa, clara y transparente, desconociendo con ello la jurisprudencia sobre la inversión de la carga de la prueba en la sentencia T -422 de 2011, además que la C.S.J. había establecido en qué casos habían de tomarse las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento, siendo en ese punto donde debía revocarse la decisión ya que dentro del trámite probatorio no se demostró

que se hubiera presentado algún vicio en el consentimiento al momento en que la demandante decidió su traslado quedando acreditado que este se realizó de forma manera libre y voluntaria.

La apoderada de **Protección S.A.**, indicó que se apartaba de la decisión en cuanto a la orden de devolución de los gastos de administración y de seguro previsional, ya que de acuerdo con la línea jurisprudencial de la C.S.J. el efecto jurídico de la aplicación de la ineficacia era asumir la inexistencia del traslado de régimen por lo que se debía ser congruente con ello, y en ese orden debían tomarse como inexistentes los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual ni deberían tenerse en cuenta cobros por gastos de administración y seguro previsional, también menciona que asumir que la afiliación existió pero considerar que los rendimientos se hubiesen generado en los mismos términos en Colpensiones conduciría a que Colpensiones hubiese efectuado descuentos por tales conceptos y en este sentido se trasladarían a esa entidad tanto los rendimientos como el capital acumulado por parte de la demandante pero sin haber condena adicional por concepto de gastos de administración y seguro provisional, así concluye que se está dando una aplicación parcializada de esta figura en tanto que se toman por inexistentes unos actos y se toman por existentes otros, por lo que solicita el despacho analizar esta situación frente a la uniformidad de la aplicación de la figura jurídica de la ineficacia.

El apoderada de **Porvenir S.A.**, solicitó la revocatoria de la decisión en cuanto a que no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de los formularios de afiliación documentos públicos que no fueron tachados de falsos, que daba cuenta que de forma libre y espontánea había efectuado la escogencia de régimen siendo asesorado sobre este, sin que se pasara por alto que siempre se garantizó el derecho de retracto conforme se probó con la publicación en el diario el tiempo. Igualmente, manifestó que sin perjuicio de lo anterior, no procedía la condena por gastos de administración ya que no formaban parte de la pensión y estaban sujetos a prescripción y que debía tenerse en cuenta que con ello se estaba configurando un enriquecimiento sin causa pues no existía norma que ordenara su devolución. Finalmente, en cuanto a la restitución de los frutos financieros, debía tenerse en cuenta que no estaba en obligación de restituirlos conforme a la jurisprudencia sobre restituciones mutuas de la C.S.J., S.C.C.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió

a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión***

***adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios y/o solicitudes de vinculación a Davivir Pensiones y Cesantías de fecha 27 de junio de 1997, a Horizonte Pensiones y Cesantías de fecha 4 de noviembre de 1999 y a Porvenir S.A. de fecha 28 de abril de 2000. Igualmente, se recepciono el interrogatorio de parte de la actora en el que la misma, aludió que era profesional en derecho, que la información que recibió de parte del asesor del fondo fue que el seguro social se iba a acabar, que los fondos de pensiones eran los que iban a administrar las pensiones, que estos fondos iban a hacer unas inversiones en donde se podría recibir más dinero y que estos podrían ser entregados a los hijos lo cual no tenía el ISS.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y traslados horizontales, los mismos no resultan suficientes para considerar que la actora recibió el consentimiento informado ni tampoco lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido, pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los

regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y sin que ello en todo caso pudiera deducirse de la profesión de la demandante, siendo que el consentimiento informado se exige respecto de todos los afiliados brindando una ilustración completa sobre el particular.

En ese orden de ideas, y como quiera que no fue posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora a Davivir Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., tal como se señaló por el a quo.

En este punto, resulta oportuno mencionar que si bien la demandante estuvo afiliado en forma primigenia a Cajanal, quien debe recibir la afiliación de la actora es Colpensiones, pues en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la sentencia SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

*En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban*

*vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.*

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, primas previsionales, comisiones, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expresó:

*"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el*

*asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”*

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES BUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIBER  
ALBERTO GUERRERO HERRERA CONTRA UNIDAD DE  
GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP**

**RADICADO: 11001 3105 011 2019 00818 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

### **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la UGPP contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de mayo de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia de primera instancia ordenó el reconocimiento y pago de la mesada 14 de la pensión que le fuera reconocida a partir del 27 de Mayo del

2013 y el recurso de apelación tiene por objeto que se revoque tal decisión.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los que reiteró que se debía reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional en 14 mesadas, por tratarse de un derecho causado antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y de acuerdo al criterio jurisprudencial de la C.S.J.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 27 de mayo de 2013, en 14 mesadas anuales debidamente indexadas, a las costas y agencias en derecho y los derechos ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 27 de mayo de 1953; que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, durante más de 15 años a la fecha de su retiro voluntario (15/11/1991); que la UGPP, en cumplimiento de decisión judicial le reconoció pensión restringida de jubilación, por medio de la Resolución No. 045695 del 30 de noviembre de 2018 y que a pesar de haberse causado el derecho antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y el acto legislativo 01 de 2005, la entidad no reconoció ni pagó la mesada adicional No. 14.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP, contestó oponiéndose a las pretensiones, no obstante, aceptó los hechos de la demanda. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que cuando se le efectuó el reconocimiento de la pensión restringida o pensión sanción mediante Resolución No. RDP 045695 del 30 de noviembre de 2018, el actor no cumplía con los requisitos exigidos por el acto legislativo 01 de 2005.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho y prescripción.

## III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de mayo de 2022, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**“PRIMERO: CONDENAR** A la parte demandada UGPP al reconocimiento y pago del ciudadano JAIBER ALBERTO GUERRERO HERRERA de la mesada 14 respecto de la pensión que le fuera reconocida a partir del 27 de Mayo del 2013, debiendo ser cancelada al momento de su causación, retroactivo que a la fecha asciende a la suma de nueve millones ochocientos dieciocho mil seiscientos cincuenta y siete pesos (\$ 9.818.657), el cual deberá ser indexado a la fecha de su pago.

**SEGUNDO: DECLARAR** No probados las excepciones formuladas por la parte demandada particularmente la prescripción de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandada UGPP Liquidense por secretaría incluyendo en ellas la suma de trescientos mil pesos (\$300.000), valor en que se estiman las agencias en derecho, y de conformidad con los argumentos normativos esbozados en la parte motiva de este proveído.

**CUARTO: CONSULTAR** esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de los demandantes, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que la causación del derecho a la pensión del actor fue anterior a la emisión del decisión judicial, pues ocurrió al momento de la ruptura de la relación de trabajo (15 de noviembre de 1991), ya que para dicha data contaba con el requisito de tiempos de servicios a su empleador, resultando forzoso concluir que el derecho a la mesada 14, no estuvo afectado por el acto legislativo 01 del año 2005, pues conforme al precedente jurisprudencial vigente, el cumplimiento del requisito de la edad determinaba la exigibilidad y disfrute de la pensión, no obstante, no configuraba la causación del derecho.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la UGPP, interpuso recurso de apelación contra la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, indicó que con la expedición del acto legislativo 01 de 2005, las personas beneficiarias de la mesada 14, serian: i) las que hubiesen adquirido el estatus pensional antes del 29 de julio de 2005 y ii) aquellas que con posterioridad a esa fecha adquirieran el estatus pensional antes del 31 de julio de 2011, que percibieran una mesada pensional igual o inferior a 3 SMMLV, en ese orden y dado que la fecha de adquisición del estatus jurídico del pensionado coincide con la fecha de efectividad de la pensión (27/05/2013), ya se encontraba vigente el acto legislativo 01 de 2005, sin que se enmarcará la situación del actor en alguna de las alternativas contempladas en la norma para ser

beneficiario de la mesada adicional siendo que en reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia sala laboral se ha reafirmado que estas pensiones se causan con el cumplimiento de la edad y con el tiempo de servicio de suerte que ante el no cumplimiento de todos los requisitos solo existiría una mera expectativa.

Igualmente, aludió que aunque tenían conocimiento que estas prestaciones se estaban reconociendo como lo que sucedía con las CCT de la Caja Agraria de 1998 – 1999, no se apartaban de los precedentes existentes y guardaban la esperanza que en algún momento se procedieran a negar tales reconocimientos.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará las materias de la apelación y en consecuencia determinará si resulta si resulta procedente el reconocimiento y pago de la mesada 14 por parte de la UGPP.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en que la UGPP mediante Resolución No. RDP 045695 del 30 de noviembre de 2018, reconoció una pensión restringida de jubilación al actor en cumplimiento de fallo judicial proferido por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, con efectividad a partir del 27 de mayo de 2013, en cuantía inicial de \$926.074, conforme se acreditó con las documentales

allegadas y por no tratarse de hechos controvertidos por las partes.

Ahora bien, para resolver debe tenerse en cuenta que si bien el inciso 8° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó: *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”* y más adelante en el párrafo transitorio 6° del mismo artículo, se agrega: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*, se tiene que para poder continuar siendo beneficiario de la mesada adicional -14- se debía haber causado la pensión antes del 29 de julio de 2005, o causarse desde esta fecha y hasta el 31 de julio de 2011 y siempre y cuando el monto de la pensión fuera equivalente o inferior a 3 SMMLV.

Sobre el particular resulta oportuno destacar que la pensión restringida de jubilación por retiro voluntario, que fue la reconocida al señor Jaiber Alberto Guerrero, nace a la vida jurídica con la acreditación del tiempo de servicios y el retiro del trabajador, ya que la edad, no es elemento esencial para el surgimiento del derecho, sino que tan solo constituye un requisito de exigibilidad del pago la prestación, criterio que ha

sido reiterado de vieja data por nuestro órgano de cierre y frente al que recientemente se ha pronunciado en sentencia SL019-2022, en los siguientes términos:

“(…)

*En ese orden, debe memorarse que esta Sala de la Corte, en innumerables providencias ha indicado que, cuando se trata de determinar el acceso a una pensión, la regla general es que, la norma aplicable es la vigente al momento en que se causa el derecho; y en el evento de las pensiones restringidas de jubilación por retiro voluntario, las mismas se consolidan cuando se acrediten los requisitos concernientes al tiempo de servicios y el retiro, en tanto el arribo a la edad solo constituye una condición que permite su exigibilidad (Ver sentencia CSJ SL12422-2017).*

Así las cosas, conforme al precedente antes citado y la situación fáctica del señor Guerrero Herrera, se tiene que no existe duda en que el mismo tiene derecho a la pensión restringida de jubilación en 14 mesadas anuales como quiera que la prestación se causó con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues se reitera que tratándose de la pensión de jubilación por retiro voluntario el cumplimiento de la edad solo constituye un requisito de exigibilidad.

En forma previa a entrar a analizar la liquidación debe recordarse que aunque el derecho a la pensión no prescribe si prescriben las mesadas pensionales y en esa medida como en este caso se presentó reclamación ante la UGPP el 17 de septiembre de 2019, con ello se interrumpió el término de prescripción, siendo que la demanda se presentó el 9 de diciembre de 2019, razón por la cual las mesadas no afectadas por la prescripción serían las causadas a partir del 17 de septiembre de 2016, no obstante, como el reconocimiento pensional, se llevó a cabo hasta la expedición de la Resolución No. RDP 045695 del 30 de noviembre de 2018, en donde se reconoció efectividad desde el 27 de mayo de 2013, se tiene

que el reconocimiento de la mesada 14, debía efectuarse a partir de esa fecha, tal y como se señaló por el a quo.

Así, se procede a efectuar las operaciones aritméticas, obteniendo lo siguiente:

Tabla mesada 14					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada	Mesada 14	Subtotal
<b>23/05/2013</b>	31/12/2013	2,44%	\$ 926.074,00	SI	\$ 926.074,00
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 944.039,84	SI	\$ 944.039,84
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 978.591,69	SI	\$ 978.591,69
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 1.044.842,35	SI	\$ 1.044.842,35
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 1.104.920,79	SI	\$ 1.104.920,79
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 1.150.112,05	SI	\$ 1.150.112,05
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 1.186.685,61	SI	\$ 1.186.685,61
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 1.231.779,66	SI	\$ 1.231.779,66
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 1.251.611,32	SI	\$ 1.251.611,32
1/01/2022	<b>6/05/2022</b>	5,62%	\$ 1.321.951,87	<b>N/A</b>	0
<b>TOTAL</b>					<b>\$ 9.818.657</b>

Como se advierte el valor del retroactivo de la mesada 14, hasta la fecha de emisión de la decisión de primera instancia, se ajusta al definido por el a quo, de igual forma y dado que es evidente la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo se tiene que resulta procedente el pago de tales sumas debidamente indexadas, razones que a juicio de esta sala resultan suficientes confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES FUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MIRYAM BONILLA DE TORRES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS.**

**RADICADO: 110013105 011 2018 00298 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de enero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales se alegaron ni menos resultaron demostrados en el procesos, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código de Procedimiento del Trabajo, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de la parte demandante, manifestó que se demostró la violación directa y sustancial al principio de buena de fe consagrado en el artículo 83 de la Constitución política, según el cual impone el deber específico de informar a los usuarios de sus servicios una información completa y comprensible de todos los aspectos que le permitan a una persona tomar la decisión de trasladarse de un fondo público al régimen administrado por estas instituciones.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todas las sumas de dinero que hubiere recibido con motivo de la afiliación por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiona, bonos pensionales, sumas por concepto de frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 1 de noviembre de 1983; que cotizó 696,57 semanas; que el 12 de julio de 2000 se trasladó a Porvenir S.A., no obstante, la asesora de dicho fondo privado no le suministro la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 83 de la Constitución Política, los artículos 1495,1502,15015 1603 del Código Civil, la sentencia de la Corte Constitucional C-840-2001, el artículo 60 de Ley 100 de 1993, el artículo 871 del Código Civil, el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 720 de 1994, el Decreto 692 de 1994.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de las AFP o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento

(error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedente al pago de costas y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó el demandante el 12 de julio de 2000, fue producto de una decisión libre e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena de, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 23 de enero de 2023, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado el 12 de febrero del 2000 de la señora Miryam Bonilla de Torres del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP Porvenir.*

*SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada AFP Porvenir a devolver a Colpensiones la totalidad de las sumas que hubiese recibido como productos de las cotizaciones realizadas por la demandante dentro del presente proceso, durante su permanencia en dicha administradora, es decir el 100% de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además los porcentajes destinados a cuotas de administración y fondo de garantía de pensión mínima.*

*TERCERO. – ORDENAR a Colpensiones a reactivar de manera inmediata y sin solución de continuidad la afiliación de la demandante Miryam Bonilla de Torres al régimen de prima media con prestación definida, además de recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído.*

*CUARTO. - DECLARAR las excepciones propuestas por la demandada imprósperas.*

*QUINTO. – CONDENAR en costas a la demandada AFP Porvenir incluyendo como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales vigentes (2 SMMLV).*

*SEXTO. - CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en favor de Colpensiones, en el evento de no ser apelada oportunamente por este sujeto procesal, y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal expuestos en la parte motiva de esta sentencia.*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2014, se establece que por tratarse de un derecho mínimo que consagra garantías en favor de los afiliados, las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar oportunamente (en el momento de traslado inicial del régimen pensional) siendo clara, cierta y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado en ese momento, si tiene un beneficio transicional, dado que la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera, al considerar que de conformidad con los medios probatorios aportados en el proceso la demandante solicitó el traslado al RPM cuando ya le faltaba menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para adquirir el derecho pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993; precisó que el traslado efectuado en el RAIS en el año 2000 se tiene plena validez, ya que no se logró probar que se adolece de alguna causal nulidad; señaló que respecto al deber de información no se desconoce el precedente jurisprudencial, sin embargo este deber se materializó a través de la Ley 100 de 1993 y 1748 de 2014 las cuales no exigía otro documento que el formulario de afiliación, sin que se pueda exigir cargas adicionales diferentes; resaltó que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera; por lo anterior solicitó se revoque la decisión proferida y en su lugar se absuelva a la entidad y en caso de que se confirme la misma se condicione el cumplimiento de Colpensiones a que la AFP efectúe el correspondiente traslado de las sumas que reposan en la cuenta individual de la demandante, tal y como se ordenó en el fallo.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 12 de julio de 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de enero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSEY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO FERNANDO ROJAS RAMIREZ**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**  
**Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A Y SKANDIA S.A.**

**RADICADO: 110013105 015 2020 00038 02**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por los apoderados de Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2023.

**I. ANTECEDENTES**

El señor Fernando Rojas Ramírez, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Skandia trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilio al sistema general de pensiones a partir de 1 de enero de 1995; que se trasladó a Colfondos S.A.,

el 29 de abril de 1994, posteriormente se trasladó a Old Mutual S.A., sin que los asesores de los fondos privados le hubieran suministrado información completa, veras, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de trasladarse al régimen al que se encontraba afiliado.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 141,106, 77, 33 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, del Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012, el artículo 897 del Código Comercio y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N°31314 de 2008, 31989 de 2008, 33083 de 2011, 45173 de 2013, 12136 de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliado a Old Mutual, por lo tanto, no puede tener como afiliado al demandante, ni recibir ningún aporte. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondo de pensiones en el Régimen de Ahorro Individual. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación y pago.

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que la afiliación del demandante con la AFP se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico, proporcionando toda la información, esto de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de Skandia no participo ni intervino en el momento de la selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los presupuestos facticos no son iguales o similares, prescripción, buena fe y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 8 de febrero de 2023, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor FERNANDO ROJAS RAMIREZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 29 de abril del año 1994 a través de la AFP COLFONDOS y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP SKANDIA donde actualmente se encuentra afiliado el señor demandante traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual incluido en esta los rendimientos, aportes, gastos de administración previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el bono pensional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna oportunidad tuvo el señor demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual, conforme se expuso en la parte motiva.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS donde en alguna época estuvo afiliado el señor demandante a trasladar los recursos o sumas que corresponden a los gastos de administración previsto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones descontadas y porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima durante el tiempo que estuvo el señor demandante afiliado a ellos, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, conforme se expuso en la parte motiva.*

*TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP COLFONDOS. SIN COSTAS respecto a Colpensiones y Skandia.*

*CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada, y dado el resultado o la orden emitida en contra de COLPENSIONES de recibir nuevamente al señor demandante y la naturaleza jurídica de la misma, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta.”*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 1942 de 2022 la elección debe ser libre y voluntaria precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de un cambio de régimen. Respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL 1688 de 2019, es la Administradora de Fondos de Pensiones la que tiene el deber de demostrar que cumplió con el deber de información.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de Skandia interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en primera instancia en lo referente al numeral primero frente a la condena de gastos de administración, al considerar que la ineficacia declarada en virtud de la jurisprudencia emitida genera unos efectos bajo los lineamientos trazados por las normas que regulan los traslados de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones; en razón a ella de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3925 de 2008, no se señala de manera taxativa que los gastos de administración deban ser trasladados, ya que solamente indica que se debe trasladar los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía de pensión mínima; resaltando que dicha disposición guarda relación con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; precisó que en las dos oportunidades en las que estuvo afiliado el demandante con la AFP, la entidad ha utilizado correctamente la correcta administración de la cuenta de ahorro individual y en ese orden de ideas son rubros que ya fueron debidamente utilizados; en consecuencia solicitó se revoque parcialmente tal decisión y en su lugar no sea condenada al pago de dichos emolumentos y en caso de que se confirme se estudie la figura de la prescripción, en virtud de que son dineros que fueron descontados de forma periódica.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación parcial en lo referente al no traslado de la totalidad de las cotizaciones es decir con el concepto de porcentaje destinado al pago de seguros previsionales, esto de conformidad con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-3611 de 2021, ha señalado que la declaratoria de la ineficacia del traslado implica que las partes deben retrotraer todo al estado en el que se encontraban como se no hubiera estado en el RAIS, lo que implica que en el presente asunto se debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital

ahorrado junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de seguros previsionales con cargo con sus propias utilidades, así como también los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantías de Pensión Mínima.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

***la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 29 de abril de 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

DCF

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

*"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin.*

CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter*

*declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Skandia S.A, a devolver los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de febrero de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., a devolver los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NANCY DUQUE VERGARA**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**  
**CESANTÍAS PORVENIR S.A y PROTECCION S.A.**

**RADICADO: 110013105 015 2021 00444 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., manifestó que, en ninguno de los presupuestos legales, se allegaron ni resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por el actor, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54<sup>a</sup> del CPT, que contiene una declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

**I. ANTECEDENTES**

La señora Nancy Duque Vergara, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y posteriormente a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes efectuados junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de febrero de 1964; que cotizó al Régimen de Prima Media 320 semanas; que se trasladó en el año 1999 a ING hoy Protección; que posteriormente en el año 2001 se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14,15 y 35 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, los artículos 3,5,9 de la Ley 1328 de 2009, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 de 2011, 47646, 19447, 46292, 17595, 54814, 47125.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante con la AFP el 18 de julio de 2001, fue producto de una decisión libre e informada, luego de que la parte actora recibiera información de manera, clara precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Porvenir S.A., en razón a ello no puede tenerse como afiliada ni recibir ningún aporte. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual, de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió la demandante; acto que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma la afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación, traslado de aportes, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento y la genérica,

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de febrero de 2023, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora NANCY DUQUE VERGARA del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 30 de marzo del año 1995 a través de la AFP PROTECCION y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliada la demandante trasladarlos recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual los rendimientos, gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 todo tipo de comisiones y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con destino a la administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de ahorro individual, consecuencia natural de esta ineficacia y conforme se expuso en la parte motiva.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PROTECCION donde en alguna época estuvo afiliada la señora demandante traslade los recursos o sumas correspondientes a los gastos de administración previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima si no lo traslado en su momento a Porvenir, los traslade a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES por el tiempo que estuvo afiliada la señora demandante a dicho fondo.*

*TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la AFP PROTECCION para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario mínimo legal mensual vigente para el año 2023. SIN COSTAS respecto a PORVENIR Y COLPENSIONES.*

*CUARTO: DECLARAR NO DEMOSTRADAS las excepciones propuestas por las partes demandadas y si la presente decisión no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.”*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 1942 de 2022 la elección debe ser libre y voluntaria precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de un cambio de régimen. Respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL 1688 de 2019, es la Administradora de Fondos de Pensiones la que tiene el deber de demostrar que cumplió con el deber de información.

#### **IV. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público,*

*deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 30 de marzo de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OLGA LUCIA PEREZ NAVARRO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 018 2019 00599 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.497.079 y tarjeta profesional No. 247.584 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

## **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de septiembre de 2022, en la cual se condenó a la ineficacia del traslado y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y en su lugar sean absueltas del mismo.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

### **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que se hubiesen recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que se hubiesen causado, a Colpensiones a activar su afiliación en pensión, a lo que resultare probado ultra y extra y al pago de las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de febrero de 1963; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 16 de julio de 1982; posteriormente, el día 12 de abril de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que desconocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se efectuó el traslado del RPM al RAIS, además, indicó que no se allegó prueba alguna que permitiera establecer la falta del deber de información en cabeza de la AFP Porvenir S.A., al momento de asesorar al demandante, así como tampoco la configuración de ineficacia y/o nulidad que afectaran las decisiones libres y voluntarias por lo que la afiliación al RAIS era válida.

Propuso las excepciones de mérito que denomino: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia de la obligación y de derecho, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, refirió que no le constaban algunos hechos y que no eran ciertos los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición, radicó en que la vinculación de la parte demandante con Colpatria S.A en el año 1999 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal y como se apreciaba en la solicitud de vinculación, tampoco era procedente decretar la nulidad por cuanto no existieron vicios del consentimiento, no se evidenciaba causa y objetos ilícitos siendo que la decisión fue libre voluntaria y espontánea.

Propuso las excepciones de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 13 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**PRIMERO:** PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por OLGA LUCIA PÉREZ NAVARRO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

**TERCERO:** *ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.*

**CUARTO:** *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

**QUINTO:** *Absolver a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, de las demás pretensiones elevadas en la demanda.*

**SEXTO: CONDENAR** *en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada AFP PORVENIR S.A., y a favor del demandante, en la suma de \$500.000.*

**SÈPTIMO:** *REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.*

**OCTAVO:** *En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, siendo que las leyendas estipuladas en los mismos sobre que se ha efectuado en forma libre, espontanea y sin presiones acreditan el consentimiento libre de vicios pero no informado y dado que de las demás documentales allegadas tampoco fue posible acreditar que se hubiese suministrado la información suficiente, se tenía que desde el punto de vista

documental la pasiva no había cumplido con la carga que le asistía.

Por otra parte, se alude que si bien se aplicó la confesión presunta a la actora ante la inasistencia a rendir interrogatorio de parte, la misma no resultaba suficiente siendo que podía ser infirmada ya que no obraba prueba en el proceso fuera de esa confesión que permitiera acreditar que la parte pasiva Colpatria hoy Porvenir S.A. ofreció a la actora la información en los términos señalados por la jurisprudencia de la C.S.J.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La apoderada de Porvenir S.A., señaló que el deber de información se acreditó con el formulario de afiliación, el cual para el año 1999, era el único que se exigía a las AFP, de manera que obligar a su representada a traer otra prueba documental era obligarla a lo imposible y por ello era que en estos eventos no quedaba otra alternativa que buscar la confesión con el interrogatorio de parte, de suerte que como la actora no asistió se debieron aplicar las consecuencias de la confesión presunta establecida en el art. 205 del CGP.

Igualmente, aludió que no procedía la devolución de gastos de administración y comisiones debidamente indexadas pues

según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no hacían parte integral de la pensión y por tanto si estaban sujetas a la prescripción, adicionalmente mencionó que no existía norma alguna que dispusiera tal devolución por lo que se estaría ante un enriquecimiento sin causa siendo que tales dineros nunca habían pertenecido al afiliado sino al fondo privado existiendo por tanto una falta de legitimación por activa para solicitar tales sumas, destacando que como los efectos de la ineficacia era volver las cosas al estado anterior como si el traslado nunca se hubiere efectuado, la única consecuencia lógica era ordenar el traslado del capital y los rendimientos financieros, debiendo compensar los rubros de gastos de administración, comisiones e indexación con los rendimientos financieros.

El apoderado de Colpensiones, por su parte, indicó que los aportes efectuados gozaban de plena voluntad, por lo que no era procedente declarar una nulidad de afiliación puesto que ello podía generar un detrimento económico frente a los que si guardaron fidelidad al sistema, siendo evidente la voluntad ratificada de la actora de efectuar aportes por más de 10 años en el RAIS, también mencionó que resultaba improcedente exigir el cumplimiento de una norma inexistente al momento del traslado ya que el deber de información se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, convirtiéndose en un deber de asesoría y de buen consejo, sin que fuera posible requerir las mismas formalidades desde el momento de la creación del RAIS.

Igualmente, destacó que no se podían dejar de lado las particularidades de cada caso, en este asunto lo ocurrido con

el interrogatorio de la parte demandante, aplicándose la condena sin tener en cuenta la valoración de las pruebas que exigía la carga dinámica de la prueba, especialmente cuando la actora no participó del proceso y no demostró cuál era la presunta omisión de la asesoría por parte de la AFP.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas;

para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

**2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión

mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación y traslado, el 13 de abril de 1999 a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. (fl. 73 archivo 021 del expediente digital)

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS, el mismo no

resulta suficiente para considerar que el actor recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Ahora bien, en lo que respecta a la inasistencia injustificada de la parte actora a rendir interrogatorio de parte, debe precisarse que en su momento el a quo señaló que tal conducta se tendría como indicio grave en su contra, no obstante, no puede perderse de vista que en litigios sobre ineficacia y/o nulidad del traslado la carga de la prueba del consentimiento informado está a cargo de los fondos privados como se explicó en precedencia, de manera que le correspondía a Porvenir S.A. suministrar la información considerada como mínima para poder efectuar el traslado de régimen y esto a juicio de la Sala no es posible acreditarlo solo respecto de la existencia de un indicio grave en contra, pues se requiere tener claridad acerca de la información que recibió la señora Olga Lucia Pérez, nótese como en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación formulado se insiste en que tal consentimiento se desprende del formulario de vinculación suscrito, frente al cual la jurisprudencia ya tiene decantado que no es válido, pues aunque podrían acreditar un consentimiento este no era informado.

En este punto, conviene recordar que incluso tratándose de confesión ficta, nuestro órgano de cierre, en sentencia SL660-2019, señaló “(...) *toda confesión puede ser infirmada a partir de la valoración de otras pruebas (CSJ SL 29398, 6 mar. CSJ SL 39357, 13 feb. 2013, CSJ SL9156-2015 y CSJ SL3865-2017), en la medida que el juez de trabajo esta prevalido del principio de libertad probatoria y no está sometido a una tarifa legal de pruebas, de manera que puede otorgarle mayor valor a unas en perjuicio de otras y, por tanto, la prueba de confesión ficta no impide, de forma definitiva, llegar a otras conclusiones fácticas (CSJ SL 28398, 6 mar. 2007, reiterada en la CSJ SL13572018)*”, de suerte que a pesar de haberse aplicado tal figura ello no imposibilita que se pueda llegar a otra conclusión, tal y como sucede en este caso.

En ese orden de ideas, y como quiera que no fue posible colegir que la pasiva suministró al demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A., tal como se señaló por el a quo.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, comisiones, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo

indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

*"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter*

*declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”*

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de septiembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por ANGEL MARIA AMAYA FANDIÑO contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 023 2019 00725 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de mayo de 2021, en la cual se condenó Porvenir S.A., a reconocer y pagar la suma de \$28.906.918 por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 1° de junio de 2014 y el 30 de

septiembre de 2017 (incluyendo la mesada adicional) y al pago de intereses moratorios a partir del 1° de octubre de 2014. El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque tal decisión.

En esta instancia, se allegaron alegatos por los apoderados del demandante y Porvenir S.A., en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante solicitó que se ordenara el pago del retroactivo de la pensión de vejez reconocida, y para el efecto, se condenara al pago de \$29.644.635, por las mesadas causadas del 1° de mayo de 2014 al 1° de octubre de 2017, junto con los intereses moratorios que se causaran hasta cuando se efectuara el pago o subsidiariamente a la indexación del valor de las mesadas adeudadas, al pago de lo que resultara probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones mencionó que nació el 10 de octubre de 1951 y por tanto cumplió 62 años el 10 de octubre de 2013, data para la cual contaba con 1178 semanas; que elevó solicitud de pensión de vejez ante la demandada el 15 de enero de 2014; que mediante acto administrativo No. 334208014024540100 del 13 de enero de 2018, la demandada le reconoció pensión de vejez de garantía de pensión mínima, siendo ingresado en nómina a partir del 1 de octubre de 2017; que en el reconocimiento de su pensión

no se tuvo en cuenta el bono pensional, ni el tiempo de servicio prestado en el Ejército Nacional, por lo que mediante escrito del 31 de mayo de 2019, solicita el pago del retroactivo pensional, solicitud contestada a través de comunicado No. 0100223023976900, en donde se le indica que no contaba con el bono para tener el capital suficiente para la pensión.

## II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 19 de abril de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A., ante la no presentación de escrito alguno.<sup>1</sup>

## III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de mayo 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**“PRIMERO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a favor del señor ANGEL MARIA AMAYA FANDIÑO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 5.766.735, las mesadas pensionales causadas entre el 01 de junio de 2014 y el 30 de septiembre de 2017, incluyendo la mesada pensional adicional, cuyo retroactivo asciende a la suma de \$28.906.918,00 conforme a lo considerado.**

**SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a favor del señor ANGEL MARIA AMAYA FANDIÑO, los intereses moratorios señalados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 01 de octubre de 2014, respecto de las mesadas causadas y adeudadas a partir de dicha data, y hasta cuando se cancelen las mismas.**

**TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada.”**

Como fundamento de su decisión el juzgado encontró probado que Porvenir S.A., le efectuó reconocimiento de

---

<sup>1</sup> Fl. 78.

garantía de pensión mínima al demandante a partir del 10 de octubre de 2017, al respecto destacó que la administradora de pensiones era la encargada de asumir en primer momento el pago de la pensión, en donde para el caso analizado se solicitó la prestación desde el 15 de enero de 2014 (dejando de cotizar desde el mes de mayo de 2014), sin que fuera dable aducir razones de índole logístico para desconocer el pago de la pensión siendo que el actor cuando solicitó la prestación tenía 62 años de edad y también tenía cumplidas las 1150 semanas conforme al reporte laboral allegado.

Así, ateniendo los parámetros indicados por la C.S.J., S.C.L. en sentencia de Rad. No. 41993 del 20 de febrero de 2013 y el soporte documental allegado, señaló que quien había adelantado trámites para el reconocimiento de la garantía de la pensión mínima ante el Ministerio había sido el mismo afiliado y cuando este solicitó la pensión por vejez y se constató por la AFP que el actor no cumplía los requisitos suficientes en su cuenta individual más el bono pensional para financiar la pensión, en lugar de proceder con el trámite de pensión mínima como era su deber, Porvenir S.A. le propuso la devolución de saldos, a pesar que esta era una obligación de reconocimiento que estaba en cabeza de las AFP, lo que incluía adelantar trámites ante el Ministerio de hacienda para tal beneficio, razones por las cuales, concluyó que la parte actora si causó el derecho a partir del 1° de junio de 2014, estos es, el día siguiente a la fecha de la última cotización, como quiera que con anterioridad ya había cumplido con requisito de edad y semanas.

En cuanto a los intereses moratorios, señaló que como el actor cumplió con los requisitos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993, para optar por la garantía de pensión mínima a cargo del RAIS, dado que el derecho se había hecho exigible desde el 1° de junio de 2014, no obstante, como el derecho se solicitó desde el 15 de enero de 2014, disponía la entidad de los 4 meses desde la fecha de exigibilidad de la prestación económica para reconocer la misma, sin que se hubiere procedido de tal manera, lo cual se debió hacer en principio en forma provisional con los dineros de su cuenta de ahorro individual, razón por la cual ordenó su reconocimiento a partir del 1° de octubre de 2014 hasta el pago efectivo de los mismos.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Provenir S.A., sustentó el recurso señalando que para la fecha de presentación del reconocimiento pensional, el afiliado no contaba en su cuenta individual con el capital acumulado suficiente en los términos del artículo 68 de la Ley 100 de 1993, pues los bonos pensionales que estaban a cargo de Colpensiones, la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Defensa, no habían sido acreditados en la cuenta individual del actor, por lo que precisó que una vez fueron efectivamente acreditados en el año 2017, a continuación se le reconoció la pensión al afiliado sin que existiera mora en el reconocimiento de la prestación, y bajo tal entendido, resaltó que no había lugar a reconocer retroactivo alguno ni intereses moratorios.

## V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable conceder el retroactivo pensional reclamado y consecuentes intereses moratorios.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el señor Ángel María Fandiño, presentó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, el 15 de enero de 2014; ii) que Porvenir S.A., mediante comunicación de fecha 13 de enero de 2018, le reconoció pensión de vejez al actor, a partir del 10 de octubre de 2017, en cuantía de \$781.242 y iii) que el señor Amaya Fandiño solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional el 31 de mayo de 2019.

Precisado lo anterior y toda vez que el reparo del recurrente gira en torno a que para la fecha en que el demandante solicitó el reconocimiento pensional no contaba en su cuenta individual con el capital acumulado suficiente, en tanto que los bonos pensionales que estaban a cargo de Colpensiones, la Nación y Ministerio de Defensa no habían sido acreditados en la cuenta individual, se acudirá a las documentales obrantes en el proceso a efectos de dilucidar dicha situación.

Encontrando relevantes para el asunto los siguientes documentos:

- **Reclamación de prestaciones económicas presentada por el demandante con fecha de recibido del 15 de enero de 2014**, en cuyo formulario dentro de los documentos a adjuntar se menciona “Historia Laboral Oficial Normalizada y Firmada (Emisión bono, no bono o incluir correcciones).
- **Comunicación de fecha 04 de marzo de 2015, expedida por la encargada de Atención Integral a Clientes, dirigida al demandante**, en donde precisan que debido a las actualizaciones que viene realizando el archivo laboral masivo entregado a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los tiempos que se encontraban en la historia laboral presentaron variación debido a un reproceso que realizó la mencionada entidad, y que en consecuencia la administradora solicitó a Colpensiones la actualización de los tiempos que se cayeron, periodos con la empresa SERVITEC del 01/05/1995 a 20/10/1998. Finalmente, indica que una vez la entidad cargue correctamente la historia laboral, continuará con las gestiones tendientes a la emisión y redención de su bono pensional.
- **Siafp del demandante**, en cuyo contenido se observa los siguientes registros, fecha de solicitud de pensión: 2014-01-15, fecha de rechazo de solicitud de pensión: 2014-04-25, y estado de solicitud de pensión: Afiliado con solicitud de pensión rechazada, devolución de saldos.
- **Comunicación de fecha 08 de septiembre de 2015, expedida por el Director Jurídico de Asesoría Previsional, dirigida al demandante**, en donde en respuesta a solicitud del 18 de agosto de 2015, le informan que al reportar un total de 1165.86 semanas de cotización el Sistema General de Pensiones cumple con los presupuestos legales para acceder a la garantía de pensión mínima de vejez, solicitando para ello, allegar los documentos referentes a la declaración juramentada con vigencia no mayor a tres meses en la que manifieste sus ingresos, rentas o remuneraciones no superiores a un salario mínimo legal mensual vigente, y en el evento de encontrarse laboralmente activo, certificación de ello; señalando, además que una vez allegada la citada documental, la administradora procederá a dar traslado de la misma a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, para que gestione el trámite de reconocimiento y pago de garantía de pensión mínima de vejez, previo los trámites de aprobación de historia laboral para bono pensional.
- **Declaración juramentada dirigida a la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. presentada por el demandante con fecha de recibido del 27 de noviembre de 2015**, en cuyo contenido el demandante autoriza la emisión del bono pensional por valor de \$22.685.236 a fecha de corte 01/10/1999, conforme la liquidación 31 de la Oficina de Bonos Pensionales. Adjuntando para ello copia del citado Bono.

- **Comunicación de fecha 27 de abril de 2016, expedida por el Director de Servicio al Pensionado de Porvenir S.A., dirigida al Ministerio de Defensa Nacional**, en donde le informan que continuando con el trámite del bono pensional se procederá a reintegrar mayor valor pagado por la entidad, para que se registre el trámite de reintegro en la página interactiva de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y con ello continuar con el trámite correspondiente.
- **Comunicación de fecha 7 de julio de 2016, expedida por el Coordinador de Bonos Pensionales de Porvenir S.A., dirigida al Ministerio de Defensa Nacional**, en donde le solicita reconocer y pagar el cupón a su cargo a favor del demandante.
- **Comunicación de fecha 15 de diciembre de 2016, expedida por el Director de Servicio al Pensionado de Porvenir S.A., dirigida al demandante**, en donde le informan que su solicitud de devolución de saldos ha sido APROBADA.
- **Trámite de emisión y expedición de bono pensional de fecha 22 de diciembre de 2016 ante Porvenir S.A., por parte del demandante**, en donde autoriza la emisión por valor de \$25.012.904 de corte al 01/10/1999, de conformidad con la liquidación de la Oficina de Bonos Pensionales.
- **Comunicación de fecha 8 de febrero de 2017, expedida por Porvenir S.A., dirigida al demandante**, en donde en respuesta a la solicitud de reintegro de devolución de saldos que rechazo para acceder al beneficio de la Garantía de Pensión Mínima, le informa que es aceptado atendiendo a que con las semanas certificadas por el Ministerio de Defensa, cumple con las 1150 semanas exigidas, sin embargo, señala que para acceder al beneficio es necesario que el bono pensional se encuentre emitido, procedió a autorizar la emisión del mismo, la cual es enviada por la administradora a la Oficina de Bonos Pensionales, encontrándose en estado detenido, ya que se requiere que el Ministerio de Defensa emita resolución y marcación de reconocimiento en el Sistema Interactivo de la OBP, precisando que realizó el cobro al Ministerio de Defensa para que genere la resolución y con ello la marcación, a lo cual el 25 de enero de 2017 se pronunció informando que se encuentra en revisión de la liquidación; finalmente, indica que una vez se cuenta con lo anterior, se le indicara la documental a allegar para realizar la solicitud ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que es la entidad responsable de definir de fondo la prestación.
- **Reclamación de prestaciones económicas presentada por el demandante con fecha de recibido del 03 de noviembre de 2017**, en cuyo formulario dentro de los documentos a adjuntar se menciona "Historia Laboral Oficial Normalizada y Firmada (Emisión bono, no bono o incluir correcciones).

- **Comunicación de fecha 13 de enero de 2018, expedida por el Director de Servicio al Pensionado de Porvenir S.A., dirigida al demandante**, en donde le informan que su solicitud de pensión de vejez ha sido APROBADA, teniendo en cuenta el reconocimiento de la Garantía de Pensión Mínima por parte de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por haber cumplido la edad de pensión y haber cotizado 1178 semanas.
- **Derecho de petición de fecha de radicación 31 de mayo de 2019 dirigido a Porvenir S.A., por parte del demandante**, solicitando el reconocimiento y pago del retroactivo pensional.
- **Comunicación de fecha 11 de junio de 2019, expedida por Porvenir S.A., dirigida al demandante**, indicando que en respuesta a la petición de retroactivo pensional presentada, no es procedente, toda vez que la Oficina de Bonos Pensionales adscrita al Ministerio de Hacienda Y crédito Público, mediante Resolución No. 17491 aprobó su Garantía de Pensión Mínima a partir del 10 de octubre de 2017, una vez se han acreditado los requisitos para acceder al reconocimiento de dicha prestación.

De los anteriores documentos, logra evidenciarse que en el caso particular del señor Ángel María Amaya Fandiño, no se habían agotado ninguna de las etapas para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales, en forma previa a la presentación de la reclamación pensional del interesado, sin embargo, se advierte que con posterioridad a la presentación de la solicitud, surtieron las siguientes etapas: conformación de la historia laboral del afiliado, (previa corrección/actualización de la misma por parte de Colpensiones), solicitud y realización de la liquidación provisional y aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional.

Teniendo claro lo anterior, conviene recordar lo expuesto por nuestro órgano de cierre en la sentencia SL4305-2018, en donde respecto a los bonos pensionales, se indicó:

(...)

3) *Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:*

*Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación, se describirán brevemente cada una ellas:*

(...)

5) *De la negociabilidad del bono pensional*

*Según el artículo 68 de la Ley 100 de 1993, las pensiones de vejez del RAIS se financiarán con los recursos de las cuentas de ahorro pensional, con el valor de los bonos pensionales cuando a ello hubiere lugar y con el aporte de la Nación en los casos en que se cumplan los requisitos correspondientes para la garantía de pensión mínima. Tratándose de las pensiones del artículo 64 ibidem objeto de estudio, su financiación se hace con el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual y se incluirá para su cálculo el valor del bono cuando a este hubiere lugar.*

*Ahora bien, cuando el afiliado aspira a la pensión del artículo 64 en comento y para ello hace cuentas sumando el valor de un bono pensional, como es el caso del actor, implica que este debe haber aprobado la liquidación provisional efectuada por parte de la Oficina de Bonos Pensionales, OBP, del Minhacienda, para la respectiva emisión del bono, requisito indispensable para cuantificar su valor. Como también, en arreglo al procedimiento previsto en el artículo 12 del DL. 1299 de 1994, el afiliado debe autorizar su negociación para poder pensionarse antes de la fecha de redención del bono. La negociación se hará para completar el capital necesario. El artículo 12 precitado dice lo siguiente:*

(...)

*9. Ciertamente, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 le ordena a los fondos el reconocimiento de la pensión dentro de los cuatro meses siguientes a la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Y advierte que los fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte.*

(...)

*En este orden de ideas, se reitera lo dicho por la Sala en sede de casación, sobre que la reglamentación vigente prevé que, para el reconocimiento de una pensión a ser financiada mediante un bono pensional, como la del sublite, es necesaria la emisión; y que, para la emisión, es indispensable que el afiliado apruebe la liquidación provisional. La exigencia de estos requisitos la encuentra justificada la Corte, en razón a que es a través de este instrumento que se tiene la certeza del capital con que cuenta el afiliado para financiar su pensión.*

*No desconoce la Sala que la emisión del bono se puede volver un obstáculo para que el afiliado comience a disfrutar su pensión. Pero, estima que la solución a este problema no es ordenar, automáticamente, a la administradora el reconocimiento de la pensión, sin que se haya comprobado previamente el cumplimiento del requisito financiero que da derecho a percibir la prestación, porque, de aceptarse esto, se atentaría contra el mandato consagrado en el artículo 48 de la Constitución, a saber:*

*Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.*

*Por esto se dijo en sede de casación que, con el fin de conciliar el precitado mandato constitucional y el derecho pensional del afiliado que ha cumplido, junto con los demás requisitos, el del capital para efectos de financiar una pensión de vejez, en una controversia como la presente, es menester para el juez, previamente a reconocer tal derecho, tener la certeza de que tal prestación cuenta con los recursos económicos para ser financiada; y para esto, se debe entrar a examinar cada caso en particular, con miras a dilucidar si la no emisión del bono es una excusa para negar el derecho a la pensión, por encontrarse evidencia de que el afiliado reúne el capital; o si, en verdad, la falta de emisión no es atribuible a la AFP, como ha resultado ser en este caso, donde el bono que había sido inicialmente emitido y sobre el cual edificó el demandante su aspiración a la “pensión de vejez anticipada” fue anulado por parte de Minhacienda; el actor estuvo incurso en multiafiliación y hubo que iniciar nuevamente el trámite de la emisión del bono sin que este hubiese aprobado la liquidación provisional para que aquel se pudiera expedir y luego solicitara la negociación del bono.*

*(...)”*

Atendiendo el precedente citado, y toda vez que se tiene que en ese caso el causante nació el 10 de octubre de 1951, conforme se desprende del registro civil de nacimiento obrante en el expediente, se tiene que el señor Amaya Fandiño, cumplió 62 años, el 10 de octubre de 2013, de acuerdo con lo cual se tiene que la fecha de redención de su bono pensional, era la antes mencionada, al ser esta la edad máxima contemplada para los hombres en la que existe obligatoriedad de cotizaciones al sistema (artículo 64 L. 100/1993), por lo que en su caso el afiliado no estaba obligado a autorizar la negociación del bono pues la misma operaba al cumplir los 62 años, edad que se cumplió antes de presentar la reclamación pensional.

Empero, debe mencionarse que las documentales también dan cuenta que para la fecha de la presentación de la

reclamación pensional, el caudal de semanas cotizadas por el actor, no eran suficientes para hacerse acreedor del beneficio de la garantía de pensión mínima, pues, nótese que pese a que se efectuó la corrección de la historia laboral por parte de Colpensiones frente a su empleador SERVITEC, estas, no le fueron suficientes y por tal razón, en principio se autorizó y acepto la devolución de saldos, y solo de manera posterior a ello, es que se logra completar las 1178 semanas con los tiempos servidos al Ministerio de Defensa, requisito con el cual finalmente, el Ministerio de Hacienda aprueba la garantía de pensión mínima.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el artículo 5 del Decreto 3798 de 2003, establece lo siguiente frente a los archivos masivos de Colpensiones:

***“Artículo 5°. Archivos masivos.** El único archivo laboral masivo válido para la emisión de bonos pensionales a cargo de la Nación será el entregado por el Instituto de Seguros Sociales, ISS, a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debidamente certificado por el representante legal del ISS. En caso de que la persona cuente con una certificación individual expedida por el ISS, cuya información no coincida con la del archivo laboral masivo, prima la certificación individual y el ISS deberá proceder a realizar los ajustes en su archivo laboral masivo. Los demás archivos laborales masivos que hayan sido suministrados a la Oficina de Bonos Pensionales sólo se tendrán en cuenta como información preliminar que deberá ser verificada y sometida al proceso de certificación establecido por las normas vigentes, teniendo en cuenta que presentan inconsistencias y ausencia de información que no permiten su utilización.”*

De la anterior norma y de la situación evidenciada, se desprende que existían inconsistencias que debían ser corregidas y/o verificadas ante Colpensiones obrantes en el archivo masivo laboral, pues los errores que se reportaban eran del siguiente tenor:

CONVENCIONES DE ERRORES/OBSERVACIONES	
CODIGO/OBSERVACION	DESCRIPCION
3019	INCONSISTENCIA: MASIVO ISS/COLPENSIONES. VALOR DEL CAMPO DE_DEPURACION ES 1 Y TIPO APORTANTE DIFERENTE DE 15 - TRABAJADORES INDEPENDIENTES. SOLUCION: LA AFP DEBE REPORTAR LA INCONSISTENCIA AL ISS
3814	OBSERVACION: EL ARCHIVO LABORAL MASIVO DEL ISS/COLPENSIONES 1967-1994 PRESENTA UN INGRESO SIN RETIRO Y ESTA EN LA TABLA RELACIONES LABORALES CON TIPO DE AFILIACION EN PENSION (1: PENSION, SALUD, RIESGO; 2: PENSION, 4: PENSION RIESGOS PROFESIONALES, 7: PENSION, SALUD), SE ASUME EL 31 DE DICIEMBRE DE 1994 COMO FECHA DE RETIRO
3815	INCONSISTENCIA: EL ARCHIVO LABORAL MASIVO DEL ISS/COLPENSIONES REPORTA COMO DIAS TRABAJADOS 0 PARA HISTORIA LABORAL POST94. SOLUCION: SI LA NOVEDAD NO ES CERTA LA AFP DEBE REPORTAR LA INCONSISTENCIA A COLPENSIONES PARA SU RESPECTIVA CORRECCION.

Ante las situaciones expuestas en precedencia, se advierte que Porvenir S.A. adelantó el trámite pertinente ante Colpensiones, como se enunció en la comunicación del fecha 4 de marzo de 2015 y ante el Ministerio de Defensa, como se indica en comunicado de fecha 7 de julio de 2016, en el que solicitó la validación, corrección y/o actualización de la historia laboral y bono pensional del demandante, respectivamente.

Como se aprecia, existían inconsistencias en la historia laboral que deberían ser corregidas, las cuales debían efectuarse para poder capitalizar la prestación, aspecto necesario frente a la sostenibilidad financiera y para garantizar el acceso del afiliado a la prestación reclamada, pues se advierte que el capital acumulado en la cuenta individual del señor Amaya Fandiño, no era suficiente para financiar la pensión tal y como se desprende de las respuestas otorgadas al causante.

Lo anterior, permite evidenciar a juicio de esta sala que la falta de emisión del Bono, no era atribuible a Porvenir S.A., pues tal situación obedeció a inconsistencias en la historia laboral, razón por la cual se procederá a revocar la decisión para en su lugar, absolver a Porvenir S.A., del retroactivo pensional cuyo pago se ordenó realizar, por el periodo

comprendido el entre 1 de junio de 2014 al 30 de septiembre de 2017, y dado que no resulto avante el mismo, igual suerte correrán los intereses moratorios, pues en este caso no se había emitido el bono pensional, para el momento de la reclamación, y en todo caso, la falta de emisión del mismo no era endilgable a Porvenir S.A.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de mayo de 2021, para en su lugar absolver a Porvenir S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Angel María Amaya Fandiño, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN JOSE. LOZANO PASCUALI** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS.**

**RADICADO: 110013105 026 2021 00498 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de enero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales se alegaron ni menos resultaron demostrados en el procesos, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 A del Código de Procedimiento del Trabajo, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de la parte demandante, manifestó que no se pudo acreditar que el demandante recibió una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 4462 de 2019, toda vez que son las AFP quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor Juan José Lozano Pascuali, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A por falta al deber de información y posteriormente a Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el mes de agosto de 1986 hasta el mes de abril de 1995, estuvo afiliado al Instituto del Seguro Social; que cotizó 327.29 semanas; que se trasladó en el mes de marzo de 1995 a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A y posteriormente en el mes de febrero de 1997 a Colfondos; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión acerca de su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 68852 de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó el demandante el 31 de marzo de 1995, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento

del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena de, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal de que trata el literal e, artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible el traslado de los valores a que refiera la parte actora por parte de Colfondos. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, 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, declaratoria de otras excepciones.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 30 de enero de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante JUAN JOSÉ LOZANO PASCUALI al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante JUAN JOSÉ LOZANO PASCUALI, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, 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 el demandante.*  
*QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*

*SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y COLFONDOS, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a*

*cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1'300.000)."*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y solicitó se revoque el numeral tercero, al considerar que no hay lugar a que se ordene la devolución de los gastos de administración, el fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales de manera indexada, en virtud de que el tiempo en que la AFP representó los recursos del demandante generó unos rendimientos que superan cualquier devaluación económica que se hubiese presentado con los aportes; en consecuencia precisó que no es factible tal devolución esto de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3 por ciento de la cotización a financiar dichos dineros, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por tal motivo están sujetos al fenómeno de la prescripción, así también lo manifestó la Superintendencia Financiera en concepto.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 31 de marzo de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

*"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.*

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de enero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

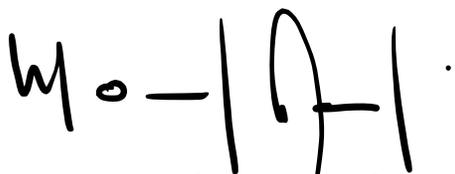
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HENRY ALBERTO ALONSO FERNANDEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 110013105 026 2022 00207 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de febrero de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momentos, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, en virtud de que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con posterioridad.

El apoderado de la parte demandante, manifestó que las demandadas no demostraron de ninguna manera que el actor, al momento de solicitar el traslado del régimen pensional se le hubiese prestado información clara, completa, comprensible y transparente en los términos establecidos, en consecuencia, señaló que son indicativos son suficiente para determinar que no estuvo precedida de la comprensión suficiente.

COLPENSIONES., manifestó que no se dan los supuestos legales de conformidad con las pruebas aportadas en el proceso para determinar la ineficacia del traslado, esto de conformidad los artículos 3 y 271 de la Ley 100 de 1993, ya que se encuentra que el demandante firmó formulación de afiliación del 26 de septiembre de 2002, situación que permite concluir que dicha voluntad de traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando de esta manera de plena validez.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor Henry Alberto Alonso Fernández, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A por falta al deber de información y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes cotizados y por consiguiente se acepten dichos aportes.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 13 de diciembre de 1967; que se afilió al Instituto de Seguros Social el 29 de enero de 1991; que cotizó en dicho régimen un total de 601,57 semanas; que el 26 de septiembre de 2002 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho régimen le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; en consecuencia radicó derechos de petición ante la demandadas con el fundamento de la anulación de la afiliación del RAIS, los cuales fueron despachados de manera desfavorable.

Como fundamento normativo, citó Código de Procedimiento Laboral, el Artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; los artículos 1,13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 12136 de 2014, 17595 de 2017, 413 de 2018, 4360 de 2019,31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensionales del demandante al RAIS fue completamente valido, ya que estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido, buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del proceso de las pruebas allegadas no se configura algún vicio en el consentimiento dentro del acto de afiliación del actor, así como tampoco se observa vulneración a la voluntad dada de manera libre en aplicación al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, 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 del no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

## **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 13 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante HENRY ALBERTO ALONSO FERNÁNDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*

*QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)."*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Porvenir interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de forma integral, al considerar que al interior del proceso quedo acreditado que el demandante firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, por lo que el documento debe analizarse de forma completa, precedido de una asesoría, encontrándose que el actor tenía conocimiento del funcionamiento de los bonos pensionales y el régimen de transición; señaló que si bien el Juzgado aplico el precedente que se aplica para los casos de la ineficacia, no obstante debe tenerse en cuenta que cada caso debe analizarse dependiendo las particularidades que se presente en el trámite del debate probatorio, en virtud de que existe un documento de 2018 donde se la advertía al demandante la posibilidad de retornar al RPM, encontrándose de esta manera una ratificación; por otro

lado indicó que no hay lugar a la condena de trasladar gastos de administración y seguros previsionales de manera indexada, en virtud de que los mismos en el presente caso cumplieron su destinación específica, ya que la AFP ha administrado los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual; precisó que en cuanto a que sea de manera indexada no se encuentra en las pretensiones de la demanda.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar***

***un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 26 de septiembre de 2002.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE VICENTE  
PEREZ ROSERO CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

**RADICADO: 11001 3105 027 2019 00597 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

### **AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Jheisson Santiago Garzón Piamonte, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.435.921 y tarjeta profesional No. 277.810 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

## **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de marzo de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia de primera instancia ordenó el reconocimiento y pago de una diferencia por concepto de la indemnización sustitutiva que le fue cancelada al actor valor de \$3.729.973 y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de tal decisión.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de Colpensiones.

### **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto que se reliquidara la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue reconocida, en consecuencia, se le pagaran las diferencias debidamente indexadas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que Colpensiones mediante Resolución No. SUB 146101 de 2019, le reconoció indemnización

sustitutiva de la pensión de vejez por valor de \$13.006.183<sup>1</sup>, no obstante, no se aplicó la fórmula establecida en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, especialmente los porcentajes sobre los cuales se cotizó al sistema

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos, negó el 7 y refirió que no le constaba el 8. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no le asistía derecho al actor a que se le reliquidara la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez conforme al Decreto 1730 de 2001, por cuanto esta la fue reconocida bajo el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1, 3, 4 y 6 del Decreto 170 de 2001, por lo que el reconocimiento realizado se encontraba ajustado a derecho.

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

## **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

---

<sup>1</sup> Confirmada mediante resolución No. SUB 200910 de 2019, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición.

Con sentencia del 23 de marzo de 2022, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**“PRIMERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reliquidar la indemnización sustitutiva reconocida al señor JOSÉ VICENTE PÉREZ ROSERO, y reconocer la diferencia, en la suma de \$3.729.973, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a INDEXAR el valor de la diferencia de la indemnización sustitutiva debida al señor JOSÉ VICENTE PÉREZ ROSERO, desde cuando se hizo exigible hasta cuando el pago de la obligación se efectúe, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** DECLARAN NO PROBADAS las EXCEPCIONES de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, PAGO, PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, NO CONFIGURACIÓN DEL DERECHO AL PAGO DEL I.P.C. NI DE INDEXACIÓN O REAJUSTE ALGUNO, BUENA FE, COBRO DE LO NO DEBIDO, CARENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR Y PRESCRIPCIÓN, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso. TÁSENSE incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000

Como fundamento de la decisión, el juzgado indicó que para resolver el asunto debía tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, lo expuesto en el Decreto 1730 de 2001 y los lineamientos suministrados en la sentencia SL 3659 de 2020, puesto que contemplaban lo relacionado con la indemnización sustitutiva y como en el caso analizado el actor había cumplido 62 años desde el 11 de junio de 2018, no había cotizado el mínimo de semanas requeridas para la pensión (solo contaba con 784.29 semanas) y desde el 23 de mayo de 2019, había manifestado la imposibilidad de continuar cotizando, acreditando así los requisitos para obtener la indemnización reclamada, acto seguido, procedió a efectuar una nueva liquidación atendiendo lo expuesto en el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001, generando como resultado la existencia de una

diferencia en favor del señor Pérez Rosero por valor de \$3.729.973 respecto a la suma que le había sido reconocida en la Resolución No. SUB 147101 del 10 de junio de 2019, ordenando su pago debidamente indexado.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que mediante resolución No. SUB 146101 del 10 de junio de 2019, Colpensiones reconoció indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por valor de \$13.606.183 teniendo en cuenta para ello lo señalado en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y lo expuesto en el artículo 3 del decreto 1730 de 2001, considerando 784 semanas cotizadas y los recursos recaudados por lo que no había lugar a efectuar ningún reajuste a la indemnización, especialmente cuando Colpensiones siempre actuó de buena fe, solicitando así la revocatoria de la decisión señalado además que en el evento de condenarse en costas y agencias en derecho, se presentaría un detrimento patrimonial.

#### **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en efecto existía diferencia a reconocer o no en el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de

vejez pagada por Colpensiones al actor y en caso afirmativo determinar si el monto establecido corresponde a la aplicación de los parámetros contemplados en la normatividad aplicable al asunto.

En primer lugar, conviene señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el señor José Vicente Pérez Rosero nació el 11 de junio de 1956; ii) que Colpensiones mediante Resolución No. SUB 146101 del 10 de junio de 2019, le reconoció indemnización sustitutiva en la suma de \$13.006.183, decisión que fue confirmada en resolución No. SUB 200910 del 29 de julio de 2019 y iii) que Colpensiones tuvo en cuenta para liquidar la indemnización sustitutiva 784 semanas.

Precisado lo anterior, conviene recordar que en lo que respecta a la indemnización sustitutiva, debe tenerse en cuenta que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que *“Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”* y dado que es evidente que el demandante en toda su historia laboral cotizó 784 semanas y cumplió los 62 años de edad<sup>2</sup>, el 11 de

---

<sup>2</sup> Requisito de edad exigido para ese momento de acuerdo con lo contemplado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (Modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.)

junio de 2018, se tiene que le faltarían un poco más de 10 años de cotizaciones para obtener la pensión, siendo incuestionable la imposibilidad de continuar cotizado que presenta el actor, dado que esta se expuso a Colpensiones desde la solicitud inicial de la prestación y ello además se refleja en la historia laboral, en donde la última cotización que figura es de abril de 2019, razón por la cual, se cumplen todos los requisitos para su reconocimiento.

Precisado lo anterior, se tiene que el Decreto 1833 de 2016, en su artículo 2.2.4.5.3<sup>3</sup>, establece la forma en que se debe cuantificar la indemnización sustitutiva, contemplando para ello la aplicación de la siguiente fórmula: **I = SBC x SC x PPC** y se puntualiza lo siguiente:

*“ARTÍCULO 2.2.4.5.3. Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente fórmula:*

$$I = SBC \times SC \times PPC$$

*SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE.*

*SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

*PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento.*

*En el evento de que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la administradora que va a efectuar el reconocimiento no maneja separadamente las cotizaciones de los riesgos de vejez, invalidez o muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, se aplicará la misma proporción existente entre las cotizaciones para el riesgo de vejez de que trata el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 (10%) y las cotizaciones para el riesgo de salud señaladas en el artículo 204 de la misma ley (12%), es decir se tomarán como cotizaciones para el riesgo de vejez el equivalente al 45.45% de total de la cotización efectuada y sobre este resultado se calculará la indemnización sustitutiva.*

---

<sup>3</sup> Este artículo compiló el artículo 3 del Decreto 1730 de 2001.

*A partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se tomará en cuenta el porcentaje de cotización establecido en el inciso primero del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.”*

A continuación, se procede a ilustrar las operaciones aritméticas efectuadas en aplicación de la fórmula antes mencionada, destacando que para ello se solicitó al grupo de liquidadores de la Rama Judicial, procediera a calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a mayo de 2019 (año en que se efectuó la última cotización), para obtener el valor de la indemnización sustitutiva, la cual arrojó la siguiente cifra:

<b>Cálculo Toda La Vida Laboral</b>								
<b>AÑO</b>	<b>Nº. Días</b>	<b>IPC inicial</b>	<b>IPC final</b>	<b>Factor de indexación</b>	<b>Sueldo promedio mensual</b>	<b>Salario actualizado</b>	<b>Salario anual</b>	
1981	135	0,900	100,000	111,111	\$ 7.470,00	\$ 830.000,00	\$ 3.735.000,00	
1987	218	2,880	100,000	34,722	\$ 21.420,00	\$ 743.750,00	\$ 5.404.583,00	
1988	366	3,580	100,000	27,933	\$ 25.530,00	\$ 713.128,00	\$ 8.700.162,00	
1989	59	4,580	100,000	21,834	\$ 39.310,00	\$ 858.297,00	\$ 1.687.984,00	
1990	235	5,780	100,000	17,301	\$ 41.040,00	\$ 710.035,00	\$ 5.561.941,00	
1991	365	7,650	100,000	13,072	\$ 54.630,00	\$ 714.118,00	\$ 8.688.436,00	
1992	366	9,700	100,000	10,309	\$ 70.260,00	\$ 724.330,00	\$ 8.836.826,00	
1993	365	12,140	100,000	8,237	\$ 89.070,00	\$ 733.690,00	\$ 8.926.562,00	
1994	365	14,890	100,000	6,716	\$ 100.913,01	\$ 677.723,00	\$ 8.245.630,00	
1995	360	18,250	100,000	5,479	\$ 119.000,00	\$ 652.055,00	\$ 7.824.660,00	
1996	360	21,800	100,000	4,587	\$ 142.125,00	\$ 651.950,00	\$ 7.823.400,00	
1997	360	26,520	100,000	3,771	\$ 172.005,00	\$ 648.586,00	\$ 7.783.032,00	
1998	360	31,210	100,000	3,204	\$ 351.000,00	\$ 1.124.640,00	\$ 13.495.680,00	
1999	360	36,420	100,000	2,746	\$ 400.000,00	\$ 1.098.298,00	\$ 13.179.576,00	
2000	360	39,790	100,000	2,513	\$ 400.000,00	\$ 1.005.278,00	\$ 12.063.336,00	
2001	211	43,270	100,000	2,311	\$ 396.464,45	\$ 916.257,00	\$ 6.444.341,00	
2002	256	46,580	100,000	2,147	\$ 562.601,56	\$ 1.207.818,00	\$ 10.306.714,00	
2003	271	49,830	100,000	2,007	\$ 526.856,09	\$ 1.057.307,00	\$ 9.551.007,00	
2014	60	79,560	100,000	1,257	\$ 616.000,00	\$ 774.258,00	\$ 1.548.516,00	
2019	60	100,000	100,000	1,000	\$ 828.116,00	\$ 828.116,00	\$ 1.656.232,00	
<b>Total días</b>	<b>5492</b>	<b>Total devengado actualizado a</b>				<b>2019</b>	<b>\$ 151.463.618,00</b>	
Semanas Cotizadas S.C.	784,57	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 193.052,68	
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					8,624%	
		<b>VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a</b>					<b>2019</b>	<b>\$ 13.061.553,00</b>

Como se observa, el cálculo realizado en esta instancia es inferior a la cifra establecida por el a quo, pero superior a la efectuada por Colpensiones, por lo que se procederá a

modificar la decisión, bajo el entendido que la diferencia a reconocer en favor del demandante asciende a \$55.370.

En cuanto a la inconformidad expresada respecto a las costas, conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida, en tanto Colpensiones resulto condenada al pago de una diferencia como se evidenció en precedencia.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de marzo de 2022, en el entendido que la diferencia a reconocer al demandante asciende a \$55.370 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: COSTAS**, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLORIA RINCON RANGEL**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.**

**RADICADO: 110013105 027 2021 00167 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos presentados por los apoderados de Skandia y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia al considerar que ninguno de los presupuestos legales se allegó ni resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243, y 244 del Código General del Proceso y el párrafo del artículo 54A del CPT, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES., manifestó que, al momento de la solicitud del retorno al RPM en septiembre de 2020, la demandante contaba con 57 años de

estos, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

## **I. ANTECEDENTES**

La señora Gloria Rincón Rangel, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Skandia., así como también el que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a esta última AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimiento causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 24 de enero de 1963; que realizó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales desde el 5 de marzo de 1987 hasta el 12 de octubre de 1996; que se trasladó a Skandia SA., el 22 de octubre de 1996; que posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., el 9 de mayo de 2000, sin que se hubiera proporcionada una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, veraz y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, el artículo 13, 271,272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 08 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 el Decreto 692 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia 31989 y 31314 de 2011,19447 de 2017.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado efectuado por la actora el 9 de mayo de 2000, fue producto de la voluntad y

decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la decisión, funcionamiento del RAIS, condiciones pensionales, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SKANDIA, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al seleccionar RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso las excepciones 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, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, prescripción de la acción, prescripción, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante a Skandia efectuada el 22 de octubre de 1996, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 27 de febrero de 2023, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora GLORIA RINCON RANGEL del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS*

*S.A. efectuado el 22 de octubre de 1996 y el que posteriormente se efectuó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 9 de mayo de 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA RINCON RANGEL, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliada a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora GLORIA RINCON RANGEL al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEXTO: CONDENAR a las demandadas SKANDIA AFP S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.”*

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial, en lo referente al numeral tercero en lo que tiene que ver con la condena a la AFP del traslado de los gastos de administración, al considerar a que, si bien se dio aplicación a un precedente jurisprudencial, dicha consecuencia que se otorga a la ineficacia debe generar unos efectos los cuales se encuentran regulados en el Decreto 3995 del año 2008; el cual indica que en el evento en que se genere un traslado de recursos de régimen de ahorro individual al régimen de prima media, debe trasladarse lo correspondiente a la cuenta de ahorro individual y el fondo de garantía mínima, sin que se indique que deba hacerse el traslado de los gastos de administración, ya que dicho porcentaje fue utilizado debidamente por la AFP durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante para la correcta y eficiente administración de la cuenta individual, gestión que se realizó de manera diligente y por ende generó unos rendimientos, así como también se cancelaron unas primas para las posibles contingencias de invalidez y muerte.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no se logró demostrar en el transcurso del proceso el supuesto engaño sufrido por la demandante, así como la falta de información al momento de la asesoría, toda vez que, al revisar los formularios de afiliación suscritos bajo la gravedad de juramento, se encuentra que los mismos existe manifestación expresa que se hizo libre de apremios y por su propia voluntad, sin que exista vicios en el consentimiento; en consecuencia precisó que de conformidad con los artículos 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso a la demandante le correspondía la carga de probar, al fundamentar su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de las AFP, situación que en el presente caso brillo por su ausencia, situación que permite concluir que la demandante no tenía derecho a regresar al RPM.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es*

*relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Pensionar hoy Skandia S.A., el 22 de octubre de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017, Sl 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELIDA ACOSTA JIMENEZ A NOMBRE PROPIO Y EN REPRESENTACIÓN DE JENNIFER JULIANA RUIZ ACOSTA CONTRA ELECTRONICS DEVICE COMPANY S.A. Y EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA – EBSA S.A. E.S.P. LLAMADAS EN GARANTIA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 028 2016 00742 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de octubre de 2021

La sentencia de primera instancia absolvió de todas y cada una de las pretensiones formuladas el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de tal decisión, se encuentra probada la culpa patronal en el accidente que generó la muerte del señor Wilson Fernando Ortega Acosta y se acceda a las pretensiones reclamadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por la Previsora S.A., en los cuales señaló que dentro del accidente ocurrido al no se configuraron los elementos que normativa y jurisprudencialmente justifiquen la declaratoria de una culpa patronal, por lo tanto, resultaba adecuada la sentencia absolutoria.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la culpa patronal del empleador Electronics Device Company S.A. y solidariamente responsable de la misma a la Empresa de Energía de Boyacá EBSA E.S.P., por la muerte del señor Wilson Fernando Ortega Acosta, ocurrida en accidente de trabajo, en consecuencia, se ordenara el pago de la indemnización plena de perjuicios, comprendiendo los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante consolidados y futuros) como los daños morales (objetivados y subjetivados), sumas que reclama sean pagadas debidamente indexadas, con los intereses y reajustes a que hubiere lugar y al pago de las costas del proceso.

Fundamentaron sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que el señor Wilson Fernando Ortegón Acosta, suscribió contrato con Electronics Device Company S.A., el 2 de julio de 2003, para desempeñarse como auxiliar de revisiones medida y que el 31 de marzo de 2015, el señor Ortegón Acosta, falleció en un accidente de tránsito cuando cumplía una orden de trabajo suministrada por EDEC S.A. en virtud del contrato No. 75000000186 que este tenía con la EBSA S.A., cuando se desplazaba del municipio de Samacá a Sutamarchán en motocicleta de placas EBT 210 de propiedad de su empleador y que le había sido suministrada por el mismo como medio de transporte.

Igualmente, indicaron que el día del accidente, las actividades asignadas al señor Ortegón Acosta, consistían en revisar los usuarios que presentaban acumulación de lecturas de energía dentro del casco urbano de Villa de Leyva, sin embargo, el ingeniero supervisor Héctor Gil Mendoza, realizó una rotación de cuadrillas ordenando que las actividades asignadas a la cuadrilla No. 28 (realizar toma de medidas de fronteras en los municipios de Villa de Leyva, Samacá, Chiquinquirá, Ráquira, Cucaita y Sutamarchán) debían ser cubiertas en su totalidad por el vehículo asignado a la cuadrilla 32, esto era, por la motocicleta asignada al trabajador fallecido, por cuanto el vehículo tipo camioneta asignado para ello presentó fallas mecánicas.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Electronics Device Company, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la empresa cumplió cabalmente con todas sus obligaciones laborales y especialmente relacionada al cuidado y protección del trabajador fallecido, además, indicó que en los reportes elaborados por la policía de tránsito y en las diferentes narraciones efectuadas por el único testigo presencial de los hechos se da cuenta que el accidente se produjo por culpa exclusiva de la víctima, quien invadió el carril por el que transitaba la camioneta con la cual colisionó, precisando que se trataba de una imprudencia la cual no podía confundirse con aquellas negligencias frecuentes y usuales en la práctica del trabajo, también resaltó que existía suficiente evidencia que demostraba que se le suministró al trabajador fallecido todos los elementos de protección personal y que este no los utilizó o utilizó inadecuadamente. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la culpa patronal, culpa exclusiva de la víctima y falta de legitimación de las demandantes.

La Empresa de Energía de Boyacá S.A. E.S.P., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y señaló que no eran hechos los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el suceso acaecido el 31 de marzo de 2015, sobrevino como consecuencia de un caso fortuito eximente de responsabilidad, por lo que no podría entrar a responder por una reparación plena y ordinaria de perjuicios como quiera que tampoco le eran atribuibles bajo ningún título a su

verdadero empleador EDEC S.A., puntualizando que el accidente de tránsito ocurrido el 31 de marzo de 2015, se produjo sin culpa del empleador, lo cual podía corroborarse de la prueba testimonial rendida por el señor Cesar Augusto López Mesa (copiloto), al relatar la forma en que este acaeció, de donde se infería que el mismo ocurrió por una imprudencia del trabajador fallecido al invadir con la moto de placas EBT-21D el carril contrario. Propuso las excepciones de mérito que denominó: buena fe de la empresa de energía de Boyacá S.A. E.S.P. y caso fortuito.

Igualmente, debe indicarse que EBSA S.A. E.S.P., presentó llamamiento en garantía respecto de la Compañía Aseguradora la Previsora S.A. y de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, a efectos de obtener el reembolso de la condena que debiera sufragar como consecuencia de la sentencia que se pudiera proferir en su contra como demandada solidaria bajo la cobertura de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 3000026 y No. 26RO000629, respectivamente. Los anteriores llamamientos fueron admitidos mediante autos del 17 de agosto de 2017 y 16 de enero de 2019.

Confianza S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda por cuanto en este caso no concurría el elemento de la culpa patronal, requisito necesario para configurar la responsabilidad de EBSA S.A. E.S.P. En cuanto al llamamiento en garantía, aludió que se oponía al mismo por cuanto en estricto sentido no se había configurado ningún siniestro. Formuló las excepciones de mérito que denominó:

falta de prueba del siniestro y su cuantía – ausencia de culpa patronal como elemento sine qua non y ausencia de cobertura de los daños extrapatrimoniales y el lucro cesante pretendido en la demanda y excepción genérica.

La Previsora S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto en los documentos aportados no reposaba prueba suficiente que corroborara la configuración de la solidaridad en los términos del artículo 34 del C.S.T., ni el nexo causal de las órdenes impartidas al señor Ortegón y la causa del accidente donde perdió la vida, sin que estuviera acreditada la culpa patronal en el accidente de tránsito.<sup>1</sup> En cuanto al llamamiento en garantía se opuso al mismo en tanto no se encontraba demostrado el nexo causal entre el deceso del señor Wilson Ortegón y el actuar de la empresa EDEC S.A. como empleadora y tampoco la solidaridad predicada por la actora entre las empresas demandadas. Propuso las excepciones de mérito de exclusión de amparo respecto a la póliza 3000026, límites de aplicabilidad de la póliza 300026, límites máximos de responsabilidad, condiciones del seguro y disponibilidad del valor asegurado, deducible pactado en el contrato de seguro y genérico.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de octubre de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**“PRIMERO:** ABSOLVER a las sociedades demandadas solidariamente ELECTRONIC COMPANY S.A., la EMPRESA DE ENERGIA DE BOYACA

---

<sup>1</sup> Propuso las excepciones de inexistencia de responsabilidad por culpa patronal, ausencia de imprudencia y descuido por parte del empleador, hecho de la víctima, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido

S.A.; de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por las aquí demandantes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO:** DECLARAR PROBADOS los medios exceptivos propuestos por las demandadas.

**TERCERO:** DESVINCULAR de este trámite a las aseguradoras PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS Y COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. CONFIANZA

**CUARTO:** COSTAS DE ESTA INSTANCIA estarán a cargo de la parte demandante se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de esta y a favor de las demandadas.

**QUINTO:** En caso de no se ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en cuanto resultó totalmente adversa a los intereses de la parte demandante.

Como fundamento de la decisión, el juzgado indicó que para poder detectar la configuración de la culpa patronal deberían desentrañarse los elementos de responsabilidad civil en la ocurrencia del siniestro, tales como i) un hecho dañoso imputable al empleador, esto era, un accidente de trabajo o enfermedad profesional; ii) la culpa patronal demostrando el incumplimiento de las obligaciones de protección y seguridad asignadas al empleador; iii) daño o perjuicios ocasionados a la víctima y iv) nexo causal entre daño y culpa, así, indicó que la ocurrencia del hecho dañoso estaba acreditado pues no se discutía el accidente sufrido el 31 de marzo de 2015.

Sin embargo, respecto a la culpa patronal y luego de realizar la valoración probatoria concluyó que no se demostró la omisión de su empleador en el deber objetivo de cuidado de sus trabajadores, pues además de los elementos de protección que portaban, la empresa les recababa sobre los riesgos a que se veían expuestos durante la ejecución del trabajo, realizando las recomendaciones pertinentes frente a las señales de tránsito y los límites de velocidad, que según el testigo Cesar López fueron rebasados por el trabajador fallecido; sumado al

hecho de haber invadido el carril contrario, hecho que de ninguna manera podía prevenir el empleador, razón por la cual no puede endilgársele la culpa del fatal suceso que terminó con la vida del señor Ortegón Acosta, en consecuencia no se trataba de una falta atribuible al empleador ni calificarse en un accidente de la categoría de culpa patronal.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la sentencia a efectos de obtener la revocatoria de la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no se compartía el argumento expuesto por el juzgado por cuanto el trabajador falleció en cumplimiento de una orden directa dada por su jefe inmediato, el ingeniero Gil, sin que existiera una debida valoración probatoria siendo que no se hizo alusión a las declaraciones hechas por el ingeniero Gil, en donde hizo una relación sucinta de cómo sucedieron los hechos incluso que tuvo que suspenderle una hora de almuerzo para que pudiera cumplir con la labor encomendada debiéndose tener presente que el trabajador inicialmente se encontraba en el municipio de Villa de Leyva, actividades que debieron ser modificadas para poder cumplir con las exigencias de su empleador, el cual lo envía a hacer un recorrido en un vehículo totalmente diferente al que estaba establecido “camioneta” y como este se vara, envían al trabajador fallecido a recoger al compañero en motocicleta efectuando un cambio de cuadrillas, vehículo que era de tipo

lineal para dos pasajeros, el cual había sido modificado por el empleador agregándole un baúl para transportar herramientas, equipos de protección para electricidad y demás, situación que afectaba la condición de maniobra y manejo de la misma máquina.

Así, destacó que si empleador hubiese ejercido un control pudo haber suspendido la actividad o haber ordenado el desplazamiento de una camioneta para que cumpliera y desarrollará la actividad que se requería, omitiendo la actividad de control y vigilancia, pues simplemente roto la cuadrilla sin hacer un análisis previo de los riesgos que implicaría enviar una moto de manera deliberada para que cumpliera con las actividades que estaban programadas, siendo obvio que no se actuó de manera responsable, ni se buscaron los medios para prevenir el fatal deceso.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable establecer que en el caso bajo análisis existió culpa suficientemente comprobada del empleador en el accidente ocurrido y si verificado lo anterior resultaba viable el pago de la indemnización plena de perjuicios reclamada.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el señor Wilson Fernando Ortegón Acosta y Electronics Device Company S.A. –EDEC

S.A., suscribieron contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el 2 de julio de 2013, para el desempeño del cargo de Auxiliar Revisiones Medio a Directa; ii) que el 31 de marzo de 2015, el señor Ortegón Acosta, falleció en accidente de tránsito ocurrido cuando se desplazaba en motocicleta de placas EBT21D de propiedad de la empresa EDEC S.A. del municipio de Cucaita a Sutamarchan en donde invadió el carril contrario colisionando con una camioneta y iii) que las demandantes acreditan ser la madre y hermana del trabajador fallecido, según dan cuenta las documentales allegadas al proceso y no tratarse de hechos controvertidos por las partes.

Precisado lo anterior, debe señalarse que los reparos presentados por el recurrente giran en torno a que no se valoraron todos los soportes probatorios allegados, tales como la declaración del ingeniero gil, jefe inmediato del trabajador y que no se tuvo en cuenta que el vehículo “moto” destinado para efectuar el recorrido asignado siendo que esta había sido modificada por el empleador agregándole un baúl para transportar herramientas y equipos, lo que afectaba su maniobra.

Para resolver, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL3005-2021, indicó *“Esta Sala, ha adoctrinado que cuando se endilga culpa al empleador por un comportamiento omisivo, la carga probatoria se traslada a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil, siempre que el actor especifique en qué consistió la omisión que endilga al empleador. Por ello al patrono incumbe acreditar que cumplió sus deberes de*

*prevención, cuidado y diligencia a fin de velar por la integridad y seguridad de sus trabajadores, como lo dispone el artículo 1757 ibídem (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019 y CSJ SL2168-2019).”*

Atendiendo el precedente antes citado, se tiene que este caso las demandantes derivan la culpa del empleador del hecho que EDEC S.A., modificó las actividades que estaban asignadas al señor Ortegón Acosta (las cuales debían realizarse en Villa de Leyva), disponiendo el desplazamiento en motocicleta para que se realizara la toma de medidas junto con el señor Cesar López en los municipios aledaños a Villa de Leyva (Samaca, Chiquinquirá, Ráquira, Cucaita y Sutamarchan), con lo cual lo expuso a una situación de peligro en un vehículo no apto para esas actividades y sin los elementos de protección adecuados.

Lo primero que habría que señalar es que de conformidad con el contrato de trabajo aportado el señor Wilson Fernando Ortegón Acosta, se desempeñaba como auxiliar de revisiones media directa y que al mismo se le había asignado para su desplazamiento motocicleta de placas EBT 21D, tal y como se reconoce en el hecho 6 del literal a de la demanda y se desprende del acta de entrega de motocicleta del 15 de diciembre de 2014 (fl. 312 C1), suscrita por el trabajador, en donde se comprometió a cumplir entre otras, las normas de tránsito y a informar sobre las necesidades de mantenimiento preventivas o correctivas de la misma, por lo que la rotación de la cuadrilla no generaba una situación de riesgo, pues lo

que se desprende del contrato y de los testimonios rendidos en el proceso tales como el de Cesar López, es que esta era la labor para la que había sido contratado el trabajador.

Nótese además que el contrato suscrito entre EDEC S.A. y EBSA S.A. E.S.P., No. 75000000186, el 20 de mayo de 2013, tenía como objeto la ejecución de un plan integral de reducción de pérdidas de energía – “PERPE” en los municipios que conforman las zonas centro y oriente de la EBSA, así mismo, la programación de cuadrillas aportadas de la semana del 30 de marzo al 3° de abril (fl. 161 y ss.) daba cuenta de los desplazamientos de los trabajadores en cuadrillas a distintos municipios de Boyacá y el señor Cesar López, alude en su declaración que habían cuadrillas en carro y en moto, dependiendo del vehículo que la persona supiera manejar, incluso en el contrato de trabajo se alude que la ciudad donde había sido contratado el trabajador correspondía a Bogotá D.C., no obstante, la dirección que se reporta del trabajador era de Chiquinquirá y el lugar para desempeñar labores Tunja, todo lo cual conduce a concluir que la prestación del servicio se efectuaba con desplazamiento a municipios aledaños.

También, resulta importante indicar que el testigo Cesar López, informó en su testimonio la importancia de realizarse la toma de lecturas de energía el día del accidente, ya que mencionó que estas debían hacerse ese mismo día pues no servían para el mes siguiente y aludió que si bien siempre lo mandaban en carros no había disponibilidad de los mismos, por lo que no es posible concluir que se trató de una situación

deliberada el haber modificado la cuadrilla y enviarla en motocicleta siendo que además de evidenciarse la necesidad del servicios todas las cuadrillas tanto en moto como en carro incluían siempre incluían desplazamientos, adicionalmente tanto de lo indicado por el señor Cesar López en su testimonio como de lo expuesto por el señor Héctor Gil en el informe para el reporte de accidente de trabajo, se tiene que entre 11:30 am y 12:00 mm el señor Wilson Ortegón informó que ya habían terminado las lecturas en Samaca y debían dirigirse a sutamarchan para el suministro de combustible, advirtiéndose que ya habían adelantado la mitad de la cuadrilla asignada, de lo que se presume que era factible terminar en condiciones normales la labor asignada dentro de la jornada, considerando que los desplazamientos eran en municipios aledaños.

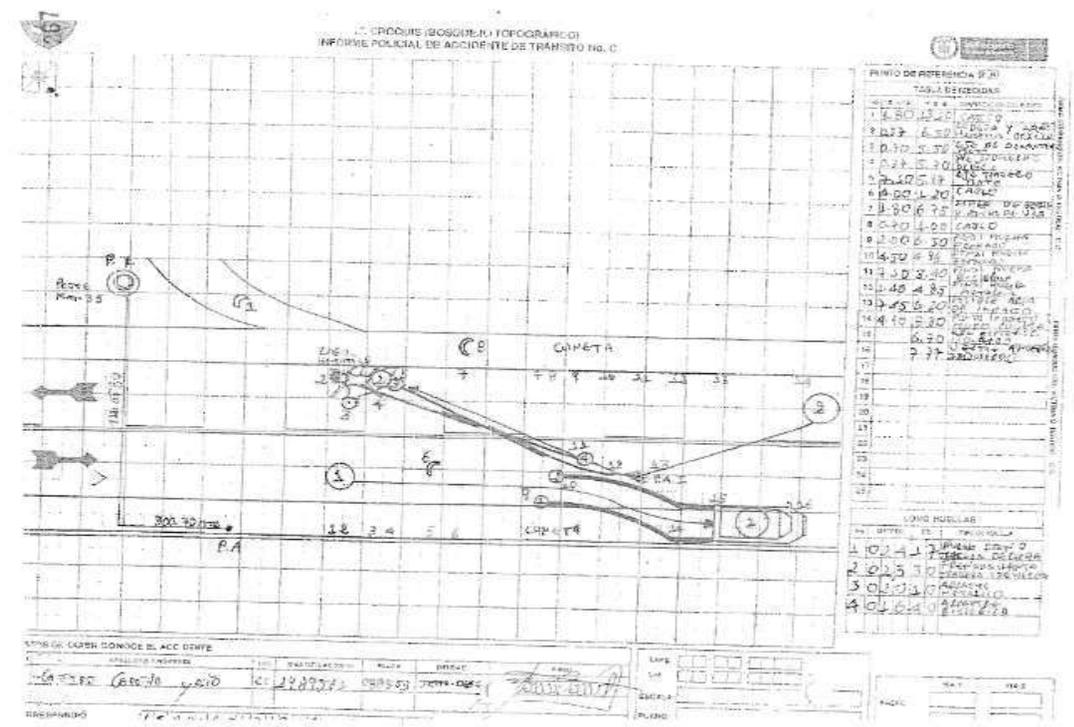
De igual forma, no puede pasarse por alto que en la planificación diaria de las medidas de seguridad y ambiente del día del accidente 31 de marzo de 2015 (fl. 163 – 165), se evaluó el riesgo de desplazamiento a las áreas de trabajo, estableciéndose como riesgos el atropellamiento, **colisión**, volcamiento e incendio en nivel alto, se estipularon como barreras de seguridad el uso de casco, rodilleras y coderas para moto así como respetar señales de tránsito y límites de velocidad e inspección pre operacional y como barreras de soporte la capacitación en manejo defensivo, documento que fue suscrito por los señores Edgar Uscategui, Cesar López y el trabajador fallecido, con lo que se acredita que incluso el mismo día del accidente se recordó al trabajador fallecido los riesgos existentes y las formas de mitigar los mismos.

Así mismo, debe precisarse que como documentos relevantes se allegó la inspección técnica a cadáver, el informe pericial de necropsia expedido por Medicina Legal, el informe de accidente con las fotografías y la declaración rendida en el mismo por el señor Cesar López, de donde se colige que tanto el señor Wilson Fernando Ortegón como el señor Cesar López, al momento del accidente portaban los elemento de protección pertinentes para su desplazamiento en la moto, especialmente el casco aunque aparentemente el mismo no lo tenían abrochados considerando el lugar donde quedaron extendidos los cascos y por así haberse indicado por el señor López, en la declaración rendida el día de los hechos, en donde reconoció que no llevaba el casco abrochado.

En cuanto a las causas del accidente, se tiene que si bien el señor Cesar López, en la declaración rendida ante el juzgado no describe con mayor detalle lo ocurrido el día del accidente, ello es posible establecerlo de la declaración suministrada el día de los hechos por el mismo para la investigación correspondiente del accidente en donde señaló *“(...) la última lectura en Cucaita y nos devolvimos a almorzar a Suta, entonces no se Wilson iba como un poquito afanado, un poquito a prisa, pero sin embargo, el vio la recta y el carro que venía y de repente, como si algo lo hubiera halado hacia el otro carril, yo tenía mi casco, Wilson también, tenía todas mis coderas y todo, en el momento me pegue con la cabeza a Wilson, no se ese pedazo no me acuerdo, solo me acuerdo que me boto hacia él ---, puse las manos al frente, caí y la moto cayó encima de mi pierna y Wilson Cayo con la moto al lado (...) yo vi el carro y*

*Wilson se fue enfrente del carro, el trato de frenar y reaccionar y ahí fue cuando se mató, el agacho la cabeza y se pegó contra el carro, yo cerré los ojos, y me cubrí la cara con los brazos, es lo único que me acuerdo, el casco si no lo tenía abrochado, esa es la verdad”, extractos que ratificó el señor López en el testimonio rendido ante el juzgado al consultársele por ello y señalar que en este momento tenía las cosas más frescas.*

Declaración que se ajusta con el croquis realizando dentro del informe policial del accidente de tránsito y con lo indicado en la inspección técnica de cadáver (fl. 263 -267 y 42 - 45):



Frente al estado técnico de la motocicleta, debe tenerse en cuenta que se presume que estaba en buenas condiciones, pues aunque no se allegó revisión técnico mecánica y de gases, ello es así por cuanto se trataba de un vehículo relativamente nuevo “modelo 2014”, debiéndose en este punto resaltar que conforme la información dispuesta en el RUNT,

en el caso de las motocicletas “la primera revisión se hace 2 años después de la fecha de matrícula, luego debe realizarse cada año”<sup>2</sup>, en ese orden y dado que de la licencia de tránsito No. 10005617739 vista a folio 51 del expediente, se desprende que la matrícula de la moto de placas EBT21D se expidió el 27 de junio de 2013, se tiene que la primera revisión debía efectuarse el 26 de junio de 2015, pues a partir del día siguiente ya debía contarse con la misma, en esa medida como el accidente ocurrió el 31 de marzo de 2015, se tiene que para tal fecha aún no se estaba obligado a contar con tal revisión, de igual forma, se observa que la motocicleta contaba con el SOAT vigente (27-06-2017 al 26-06-2015), adquirido con la Aseguradora Solidaria de Colombia (fl. 51 del expediente).

En este punto, también debe resultar pertinente traer a colación lo expuesto por el ingeniero Héctor Gil Mendoza para el informe de accidente de trabajo expedido por EDEC S.A., en donde indicó:

“(…)

*Algo importante para destacar sobre el funcionamiento del vehículo, es que el día anterior al accidente decidí no autorizar la circulación del mismo porque no se pudo ejecutar un mantenimiento que fue programado para el sábado 28 de marzo de 2015, en el que se pedía cambio de aceite y de llanta trasera por desgaste, por lo que el día 30 de marzo de 2015, en horas de la mañana me dirigí al concesionario de Yamaha ubicado en Villa de Leyva para hacer la compra del aceite y a las 11:30 am del mismo día se ejecutó, en la estación de servicio Las Delicias, el cambio de aceite y de la llanta trasera que fue suministrada por EDEC S.A., zona centro. La llanta delantera se había cambiado en el mes de febrero de 2015, también por desgaste.*

*El día 6 de abril de 2015, me desplacé al parqueadero en donde los vehículos se encuentran inmovilizados por orden de la oficina de tránsito en el municipio de Villa de Leyva. Al hacer una inspección visual de la motocicleta, logré notar que las llantas de estas no se encuentran pinchadas ni averiadas, que no hay ruptura en alguno de los rodamientos de las ruedas o indicios de que las ruedas se hubiesen salido de su eje, ni ruptura del eje de la dirección; tampoco se evidencia fugas de aceite o lubricantes en las*

---

<sup>2</sup> ¿Cuándo debo hacer la revisión técnico-mecánica y de gases? Página web RUNT. Recuperado de: <https://www.runt.com.co/node/2908#:~:text=Motocicletas%3A%20la%20primera%20revisi%C3%B3n%20se,luego%20debe%20realizarse%20cada%20a%C3%B1o.>

*partes del motor, caja de cambios, eje de dirección, rodamientos o demás partes mecánicas que puedan comprometer el desplazamiento en línea recta del vehículo.”*

Igualmente, se tiene que en el informe policial de accidente de tránsito, se puntualizó que en la descripción de los daños materiales del vehículo *“Rayones y hendiduras en tapas, tanque, cadenaje, defensa fracturada en su soporte, fractura de espejos retrovisores cóncavos”*, sin que se efectuara otra precisión frente a los ejes de dirección, rodamiento o alguna situación en las llantas.

Ahora bien, en cuanto a que la moto contaba con un baúl que se había anexo a la misma, en el que se transportaban herramientas, que pudo haber afectado la maniobra de la moto, lo cierto es que no se allegó soporte probatorio alguno del cual así pudiera colegirse, en donde los elementos de protección personal asignados y registrados en el plan diario de seguridad que se presume eran los transportados, no evidencian un peso significativo que tuviera la capacidad de afectar el manejo de la moto.

Tampoco se establece cual podría ser el nexo de causalidad entre el uso del baúl y la forma en que acaeció el accidente pues conforme se aprecia del informe policial, se señaló por el señor cesar López y se precisó en el reporte realizado por el ingeniero Héctor Gil Mendoza para el informe de accidente de trabajo, este sucedió por invasión del carril contrario, sobre el particular en el referido reporte se indicó *“(…) También pude interrogar brevemente al conductor de la camioneta el cual respondió que de repente notó que el conductor de la motocicleta se desplazaba sobre el carril por el cual él iba y*

*trato de esquivarlo girando hacia su derecha pero que no hubo tiempo de evitar el impacto. Se podía evidenciar que el impacto había sido sobre el carril contrario al que al que se desplazaba Wilson Ortegón, esto por las marcas de los frenos de la camioneta contra la que impactaron y las marcas que dejó la motocicleta al caer.”*

Analizados así, los medios de prueba, se concluye que en el presente caso no quedó demostrada la configuración de un accidente de tipo laboral, lo que se acreditó fue el accidente de tránsito que trajo como ocurrencia del mismo el deceso de Wilson Fernando Ortegón y si bien se produjo en cumplimiento de las funciones del cargo de auxiliar de revisiones medio a directa en motocicleta de propiedad de EDEC S.A. y en la jornada trabajo en la que se encontraba efectuando los respectivos desplazamientos a las cuadrillas de trabajo, dicho accidente de tránsito no puede endilgársele a la demandada en cita, porque obedeció a una fuerza mayor o caso fortuito.

Es más, aunque no se encuentra del todo clarificado cuáles fueron las causas del accidente, existen fuertes indicios de que este pudo ocasionarse por culpa exclusiva de la víctima, por la invasión de carril y la velocidad en la que se transitaba, tal y como también se concluye en el informe investigativo realizado por EDEC S.A.

Adicionalmente, se tiene que el causante era conocedor de las normas de tránsito, pues contaba con licencia de conducción para conducir en categoría A2 “MOTOCICLETA Y

*MOTOTRICICLO DE CUALQUIER CILINDRAJE”* con vigencia 02-12-2014 al 02-12-2024 (fl. 282 anverso), por lo tanto conocía de los riesgos de conducir vehículos de este tipo y había sido capacitado en esos temas.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a conformar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: COSTAS**, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA ROSIRIS VILLEGAS CARDENAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y PROTECCION S.A.**

**RADICADO: 110013105 028 2021 00540 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al Doctor JUAN CARLOS RODRIGUEZ AGUDELO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.075.652.036 y tarjeta profesional No. 209.812 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que no resulta procedente declarar que el contrato afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, en virtud

de que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la actora al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladar del RPM.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia recurrida, toda vez que la afiliación que realizó la actora con la AFP se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Porvenir el traslado de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a la Administradora de Pensiones-Colpensiones. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 11 de noviembre de 1967; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales; que el 16 de julio 1994 se trasladó a Protección S.A; posteriormente se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 7 de octubre de 2010; sin que los asesores de dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, el artículo 3 del Decreto 663 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 210 del Decreto 663 de 1993, los artículos 4 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 2 la Ley 797 de 2003, el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, los artículos 5 y 7 del Decreto 2241 de 2010 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 del 2014, 4989 de 2018.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado efectuado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS., existiendo de esta manera una ratificación tacita de conformidad al artículo 1754 del C.C. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de afectación por protección judicial, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistencia, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP otorgó la información necesaria de manera suficiente para que la demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada de acuerdo con los requisitos y características vigentes para su momento. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió la actora, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 27 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARIA ROSIRIS VILLEGAS CARDENAS al régimen*

*de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de agosto de 1994, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARIA ROSIRIS VILLEGAS CARDENAS identificada con C.C. 30.773.181 a COLPENSIONES.*

*TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

*QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.*

*SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.*

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la afiliación realizada por la demandante cumple con los requisitos establecidos en la normatividad vigente, esto es el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que se verificó que la demandante firmo de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, precisó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y al elevar solicitud de regreso a Colpensiones se encuentra a menos de 10 años para

acceder a su derecho pensional; en consecuencia señaló que no puede alegarse la ineficacia de traslado sino la acción a incoar el resarcimiento de perjuicio de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994; por otro lado indicó que la entidad no participo en la afiliación, por cuanto se acusa específicamente a las AFP por parte de la afiliada de practicar maniobras omisivas o erróneas respecto de la información otorgada, siendo un tercero afectado en el proceso.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter*

*exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 7 de octubre de 2010.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Protección S.A, a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de febrero de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO MARIO MARTINEZ GARCIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 110013105 029 2022 00164 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que la solicitud de ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual debe ser negada teniendo en cuenta los elementos de prueba obrantes en el expediente tanto documentales como interrogatorios y la normatividad aplicada al momento de realizar el traslado de régimen pensional, por lo cual no se dan los supuestos legales, de conformidad a ello resalta los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que previa asesoría pensional y grupal en el lugar de trabajo, la

afiliación de la actora con la AFP se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con Porvenir cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo una prueba de la libertad de afiliación.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que la parte demandada no logró acreditar el cumplimiento de deber, objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora, durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional, esto de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor Mario Martínez García, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.

Sustentó sus pretensiones, en que inició sus aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que se trasladó a la AFP Horizonte el 1 de mayo de 1999; posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., el 18 de abril de 2000, a Colfondos el 23 de febrero de 2006 y a Porvenir S.A., el 22 de octubre de 2010; sin que los fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25,48 y 53 de la Constitución Política, literal a, artículo 2, artículo 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993; Decreto 656 de 1994, artículos 4, 14 y 15; artículos 3° del decreto 692 de 1994; inciso segundo, del artículo 2, Decreto 1642 de 1995; Acto Legislativo 01 de 2005 Ley 797 de 2003 artículo 2, 9 y 10; artículo 1603 del C.C, Decreto 2071 de 2015; El Código Procesal del Trabajo y la SS, artículos 1, 2, 25, 26 y 70, así como las demás normas pertinentes y concordantes y

las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados número 31989 de 2008, 46292 de 2017, 54814 de 2018, 68852 de 2019, 663459 de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que realizó el demandante es completamente válido, en virtud de que la AFP brindó la información pertinente y necesaria, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional e informada. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza, dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción, caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena de costas y la genérica.

COLFONDOS, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen el funcionamiento y diferencias. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2023, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que hiciera el señor MARIO MARTINEZ GARCIA identificado con C.C. N. 91.341.455, realizada ante HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con fecha de solicitud 01 de mayo de 1999 inicio de efectividad 01 de julio de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante MARIO MARTINEZ GARCIA, como cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

*CUARTO: SIN CONDENA en costas.*

*QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.”*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el amplio desarrollo jurisprudencial desde el año 2008 y ha sido la Corte Suprema de Justicia quien ha fijado las reglas que se deben tener en cuenta al momento de estudiar los procesos de esta índole, indicando que, desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 existía el deber de información, que además el Juez debe ubicarse en el momento histórico en el cual se da el traslado para determinar cuáles eran las obligaciones tenían los Fondos en ese momento. Se debe demostrar en juicio, por parte del Fondo de Pensiones al cual se trasladó el demandante, que en efecto cumplió con la obligación de información. La simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Lo anterior conforme a la sentencia SL 5687 de 2021, la cual ratifica lo dicho en sentencias anteriores.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en lo referente a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media para que en segunda instancia adicione o modifique la sentencia; en el sentido de que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de conformidad con la jurisprudencia esta debe incluir además de los valores relacionados los correspondientes al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas

sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

**2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 1 de mayo de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de febrero de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A y Colfondos S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO JUAN MANUEL PACHECO HERNANDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 110013105 029 2022 00229 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo, encontrándose frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o de nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el traslado efectuado por el demandante reviste de completa validez en la medida que la AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no le exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleado por los mismos afiliados.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que hubo vicio en el consentimiento por el error, en virtud de que la AFP vinculó al actor con una serie de mentiras y obviando las reglas claras establecidas por el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor Juan Manuel Pacheco Hernández, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de los dineros recaudados por concepto de cotizaciones al sistema general de pensiones.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 6 de octubre de 1964, que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 13 de febrero de 1989; que el 25 de mayo de 1999 se trasladó Porvenir S.A; sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; que posteriormente elevó solicitó ante Colpensiones de afiliación al RPM, no obstante el 28 abril de 2022 emitió respuesta desfavorable con fundamento en que se encontraba a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

Como fundamento normativo, citó los artículos los artículos 13, 48, 53 y 83 de la Constitución Política, los artículos 17, 60 de la Ley 100 de 1993, los artículos 14 y 15 de la Ley 1389 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, la Ley

1748 de 2015, el Decreto 2071 de 2015, los artículos 1502, 1508, 1604, 1740 del Código Civil y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado número 46292 de 2014,

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza, dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción, caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena de costas y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el traslado que realizó el demandante es completamente válido, en virtud de que el traslado efectuado por el demandante estuvo precedido para una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

## **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 3 de febrero de 2023, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere el señor JUAN MANUEL PACHECO HERNANDEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.320.905 de Bogotá, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., solicitud elevada el día 25 de mayo de 1999 con fecha de efectividad 01 de julio de 1999, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo*

*mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JUAN MANUEL PACHECO HERNANDEZ, por concepto de cotizaciones, rendimientos y suma destinada para garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones, rendimientos y suma destinada para garantía de pensión mínima, que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

*CUARTO: SIN CONDENAS en costas.*

*QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el amplio desarrollo jurisprudencial desde el año 2008 y ha sido la Corte Suprema de Justicia quien ha fijado las reglas que se deben tener en cuenta al momento de estudiar los procesos de esta índole, indicando que, desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 existía el deber de información, que además el Juez debe ubicarse en el momento histórico en el cual se da el traslado para determinar cuáles eran las obligaciones tenían los Fondos en ese momento. Se debe demostrar en juicio, por parte del Fondo de Pensiones al cual se trasladó el demandante, que en efecto cumplió con la obligación de información. La simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Lo anterior conforme a la sentencia SL 5687 de 2021, la cual ratifica lo dicho en sentencias anteriores.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en lo referente a la orden de reintegro de recursos al régimen de prima media para que en segunda instancia se adicione o modifique la sentencia; en el sentido de que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia esta debe incluir además de los valores

relacionados en el fallo, lo correspondientes al porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

*Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

*Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.*

*Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».*

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 25 de mayo de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró

al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"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."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de febrero de 2023, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció la demandante en dicho fondo.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA  
FABIOLA PINEDO BEJARANO CONTRA ADMINISTRADORA  
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,  
COMPENSAR EPS Y SODEXO SAS.**

**RADICADO: 11001 3105 033 2020 00409 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Oriana Espitia García, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.034.305.197 y tarjeta profesional No. 291.494 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

## **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Compensar EPS y Sodexo SAS contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre de 2021, en la cual se ordenó el reconocimiento y pago de incapacidades e intereses moratorios. El recurso de apelación tiene por objeto

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

### **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de las incapacidades expedidas por su médico tratante que se le adeudan junto con los intereses moratorios correspondientes, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Sustentó sus pretensiones, en que se encuentra vinculada laboralmente mediante contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Sodexo S.A.S., razón por la cual se encuentra afiliada al SGSS en pensiones a Colpensiones y en salud a Compensar EPS; que desde el año 2014, el servicio médico de Compensar EPS, le diagnosticó esclerosis sistémica progresiva y discopatía lumbar, enfermedad que le ha

ocasionado múltiples y reiteradas afecciones a su estado de salud, lo cual ha conllevando a que Compensar le otorgue una serie de incapacidades prolongadas, las cuales a la fecha han superado los 540 días; que los primeros 180 días fueron cancelados por Sodexo S.A.S y que se le han expedido 2 conceptos de rehabilitación, el primer concepto (favorable) emitido el 2 de noviembre de 2017, el segundo concepto (desfavorable) emitido el 11 de julio de 2019.

Igualmente, indicó que dejó de recibir los pagos a partir del mes de mayo de 2018, por parte de Sodexo, informándosele que dicho cobro debía solicitarse directamente a la EPS, no obstante, la EPS le manifestó que a partir del día 181 estas le correspondía a Colpensiones; que el 6 de septiembre de 2019, presentó derecho de petición ante Colpensiones solicitando el pago de las incapacidades, al cual dio respuesta en comunicación del 11 de septiembre de 2019<sup>1</sup>; que mediante fallo de tutela se ordenó a Compensar EPS, reconocer y pagar las incapacidades que le fueron expedidas a la actora del 08 de mayo de 2018 al 04 de septiembre de 2018 y a partir del 03 de enero de 2019 hasta el 02 de junio de 2019 y que por tal concepto en el mes de abril del 2020, la EPS Compensar le realizó un pago por valor de \$7.044.718, no obstante, el valor correspondiente a dichas incapacidades ascendía a \$9.611.877 más sus respectivos intereses moratorios y que se le adeudaban las incapacidades correspondientes del 24 de junio de 2016 al 07 de noviembre de 2017, al igual que las del

---

<sup>1</sup> En donde se señaló que no había lugar al reconocimiento del subsidio por incapacidad para las comprendidas entre 08 de mayo de 2018 y el 02 de mayo de 2019, ya que el concepto de rehabilitación se había remitido con posterioridad al día 180, que las comprendidas entre el 03 de mayo de 2019 y el 11 de septiembre de 2019, están a cargo de la EPS por ser superiores a 540 días.

5 de septiembre de 2018 al 02 de enero de 2019 y las del 02 de agosto de 2019 en adelante.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que si bien la demandante se encontraba afiliada a Colpensiones, ello no significaba que esa fuera la entidad encargada del pago de las incapacidades solicitadas en este asunto, como quiera que de acuerdo con el Decreto 2943 del 17 de diciembre de 2013 los empleadores estaban obligados a cancelar las prestaciones económicas de los 2 primeros días de incapacidad de origen común, y la obligación de las EPS surgía a partir del 3 día, en donde la obligación por parte de la administradora de cancelar las incapacidades se daba cuando la incapacidad laboral era superior a 180 días y hasta el día 540, siempre y cuando la EPS hubiese proferido concepto favorable de rehabilitación y que a partir del día 540 dicho subsidio lo cancelaría la EPS. Así, precisó que Colpensiones no era la encargada de realizar el pago de las incapacidades reclamadas, puesto que la EPS Compensar emitió concepto desfavorable de rehabilitación de manera extemporánea y por ende era esta quien debía asumir el pago de la incapacidad con sus propios recursos.

Propuso las excepciones de mérito que denomino: cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido,

no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Sodexo S.A.S, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición, radicó en que Sodexo actuó conforme se lo ordena la ley, esto es afiliando a la actora a la seguridad social desde el momento de su vinculación a la compañía, dando lugar a todos y cada uno de los derechos económicos, cancelando las incapacidades que le correspondían a la demandante, entre ellas, las otorgadas por la EPS, luego si la EPS u otra entidad le adeudaba incapacidad o subsidio económico no tenía por qué ser responsable de dicha obligación además que no existía solidaridad alguna como se pretendía ya que la ley determinaba claramente el lapso de tiempo o número de días que por incapacidad debía cancelar tanto su empleador como la EPS y Fondo de Pensiones.

Propuso las excepciones de: prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y buena fe.

Compensar EPS, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición, radicó en que existían fundamentos para

considerar que no le asistía derecho a Compensar EPS la obligación de reconocer y cancelar las prestaciones económicas objeto de demanda, aludiendo frente a las mismas que: i) las incapacidades No. 7873, 7872, 2297616, 2297615, 2297613, 2297620, 2297619, 20022258, 2574645, 20022257 y 20022256 estaban prescritas; ii) Las incapacidades No. 2574661, 2570106, 2574660, 2570190, 2574658, 2297622, 2574656 y 55538234 fueron causadas con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto 1333 de 2018, por medio del cual se reguló el funcionamiento de lo dispuesto en el numeral a) del artículo 67 de la Ley 1353 de 2015; iii) Las incapacidades No. 2574657, 2564976, 2564975, 2564974 y 2564973 no cumplían con los requisitos para su reconocimiento y pago por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud y iv) Las incapacidades No. 2675239, 2675238 2675237, 2675244, 2675243, 2675242 y 2675240, ya habían sido objeto de reconocimiento y pago.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: las incapacidades pretendidas ya fueron objeto de pago por parte de compensar EPS, improcedencia de reconocimiento de incapacidades retroactivas, las incapacidades comprendidas entre el 11 de octubre de 2017 y el 7 de mayo de 2018, no son financiadas por el sistema general de seguridad social en salud, ausencia de obligación de compensar EPS en relación con el reconocimiento de incapacidades temporales de origen común que superen los primeros 180 días.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**PRIMERO:** CONDENAR a la EPS COMPENSAR a reconocer y pagar por a Blanca Fabiola Pineda Bejarano identificada con cédula 52.005.053 las incapacidades médicas causadas desde el 15-10-2016 al 30-03-2020 conforme razones expuestas en la parte motiva, exceptuando las ya canceladas concretamente las comprendidas entre el 15-10-2016 al 30/03/2020 con excepción de las ya canceladas por orden de tutela generadas entre el 08/05/2018 al 04/09/2018.

**SEGUNDO:** ORDENAR a la EPS COMPENSAR y a SODEXO S.A.S., poner a disposición de Blanca Fabiola Pineda Bejarano los dineros por concepto de las incapacidades médicas causadas entre el 3 de junio de 2019 y el 30 de marzo de 2020, conminando tanto a compensar EPS como al empleador de la aquí demandante que en adelante los dineros objeto de incapacidad medica le sean entregados en el acto.

**TERCERO:** AUTORIZAR a SODEXO S.A.S. a que COMPENSE la cifra de \$4.903.596 de los periodos de incapacidades médicas adeudadas a la demandante comprendidos entre el 3 de junio de 2019 y 30 de marzo de 2020.

**CUARTO:** DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la EPS Compensar respecto de las incapacidades médicas causadas desde el 14 de abril de 2016 al 14 de octubre de 2016 por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

**QUINTO:** CONDENAR a la EPS COMPENSAR a reconocer y pagar a Blanca Fabiola Pineda Bejarano los intereses moratorios causados sobre cada una de las incapacidades medicas causadas y no pagadas a partir del 27-sep-2019, sobre cada incapacidad generada mes a mes y hasta cuando se haga efectivo el pago de la presente condena, conforme la parte motiva de la sentencia.

**SEXTO:** CONDENAR A SODEXO a cancelar a la demandante intereses moratorios sobre las incapacidades dejadas de pagar por el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2019 y 30 de marzo de 2020, cuantificados mes a mes desde su causación hasta la fecha de su pago el día de 24 noviembre de 2021.

**SEPTIMO:** DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación formuladas por Colpensiones.

**OCTAVO:** ABSOLVER a la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la demandante.

**NOVENO:** COSTAS a cargo de Compensar EPS, se fijan como agencia en derecho TRES (3) SMLMV a cargo de sodexo 0.5 S.M.L.M.VA FAVOR DE LA DEMANDANTE

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que previo a establecer los derechos que le pudieran corresponder al demandante, el juzgado analizó la excepción

de prescripción considerando para ello que no existía prueba de reclamación de las incapacidades causadas entre el primer día de incapacidad y el día 180, por lo que estarían prescritas las incapacidades expedidas por el periodo comprendido entre el 14/04/2016 y el 14/10/2016, no obstante, no ocurría lo mismo con la incapacidades expedidas entre el día 181 y el día 540, sin que fuera necesario que en la reclamación se expresaran de manera específica los periodos reclamados, siendo que estaban atados a un derecho social que se enmarcaba en la sencillez ya que las prestaciones estaban establecidas en la ley.

En cuanto a quien le correspondía el pago de las incapacidades, se indicó que debía tenerse en cuenta que si bien se evidenciaba de los certificados consolidados de incapacidad expedidos por Compensar EPS, 60 días sin incapacidad, lo que para Colpensiones configuraba un nuevo ciclo de incapacidad con cargo al empleador, lo cierto era que se allegó una certificación según la cual la actora estuvo incapacitada entre el 10 de agosto del 2017 y el 7 de diciembre en el año 2017, por lo que no podía considerarse que hubo interrupción, señalando que bajo tal tesis correspondería a Colpensiones el pago de tales emolumentos, no obstante, Compensar EPS, no cumplió con la obligación de emitir el concepto de rehabilitación en el término señalado en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, ya que Compensar remite a Colpensiones soportes de incapacidad prolongada solo hasta el 2 de noviembre el año 2017 con base en el concepto de rehabilitación favorable emitido por la misma EPS el 25 de octubre del año 2017, por lo que la EPS era la

encargada de asumir el pago de las incapacidades médicas generadas en el periodo comprendido del 15 de noviembre del año 2016 al 10 de octubre del año 2017.

Respecto a las incapacidades posteriores al día 541, señaló que la disposición que se encontraba vigente era el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, en donde se dispuso el reconocimiento y pago de las incapacidades superiores a 540 días, por lo que correspondía a la EPS, el pago de las incapacidades médicas que se causaron entre el 5 de septiembre de 2018 y el 2 de enero de 2019, mismas que ni fueron pagadas por la causal de no tener requisitos del SGSS (incapacidades retroactivas), situación que confirme a la jurisprudencia no era aceptable ya que era la misma EPS quien las expedía.

Así las cosas, ordenó a Compensar EPS, reconocer y pagar las incapacidades expedidas a la actora desde el día 181 hasta el 1413, expedidas entre el 15 de octubre de 2016 al 3 de marzo de 2020, con excepción de las canceladas por orden de tutela entre el 08/05/2018 al 14/09/2018 y del 03/01/2019 al 30/03/2020, también autorizó la compensación de las incapacidades canceladas por Compensar y Sodexo, en cuantía de \$4.903.596, por el periodo comprendido del 3 de junio de 2019 al 30 de marzo de 2020, que aceptó la parte haber recibido por transferencia electrónica.

Finalmente y tratándose de los intereses moratorios se aludió que como la actora presentó solicitud de pago de incapacidades superiores a 180 días el 6 de septiembre de 2019, había lugar a reconocer los mismos en los 15 días

siguientes a la solicitud, es decir, desde el 27 de septiembre de 2019, y en el caso de Sodexo al no haber dado traslado a la parte demandante, debería cancelar intereses moratorios sobre las incapacidades que se generaron mes a mes hasta cuando se hizo efectivo el pago (24/11/2021).

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación solicitando la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La apoderada de Sodexo S.A.S., señaló que se enteraron de la consignación realizada de las incapacidades del 3 de junio de 2019 al 30 de marzo de 2020, una vez conocen de la contestación de Compensar EPS, razón por la que consideran que los intereses no debían proceder, ya que su representada siempre había estado presta y pendiente de la señora Blanca al punto que cuando la EPS consignó lo relacionado con las incapacidades de inmediato las colocó a disposición de la misma.

Por su parte, la apoderada de Compensar EPS, indicó que no compartía el análisis realizado por el despacho en cuanto a la prescripción de las incapacidades comprendidas entre el día 181 al 540, ya que se encontraba demostrado en el proceso que la comunicación del 19 de diciembre de 2019, con la que se consideraba que se interrumpían los términos de prescripción señalaba cuales eran las incapacidades que se

estaban pretendiendo, no obstante, el despacho señaló que debía dársele una interpretación amplia a pesar que en la comunicación se puntualizan cuáles eran las reclamadas, en todo caso y si se considerare que la comunicación del 19 de diciembre de 2019, interrumpía la prescripción debió haberse declarado la prescripción de las incapacidades desde el 19 de diciembre de 2016.

Igualmente, alude que se apartaban de la decisión de la incapacidad retroactiva pues ello no era un capricho ni se pretendía coartar la autonomía médica, pues se trataba de una posición fundamentada en la Resolución No. 2266 de 1998, que prohibía la expedición de incapacidades retroactivas, asimismo, menciono que tampoco compartían la posición respecto a que las incapacidades superiores al día 540 les correspondiera su pago por estar en vigencia de la ley 1753 de 2015, pues esta norma en los artículos 66 y 67 de no establece una obligación de ejecución instantánea como lo interpreto el despacho sino que establece una obligación a cargo del sistema sujeta a *condición “la entrada en operación de la ADRES”*.

Finalmente, en cuanto a los intereses moratorios manifestó que no estaba de acuerdo con la fecha en que debían empezar a liquidarse los mismos, ya que se ordena el pago de estos desde el 27 de septiembre de 2019, pues si se considera que la solicitud se efectuó el 19 de diciembre de 2019, entonces lo correcto era que los intereses debían causarse no en 15 sino en los 20 días hábiles siguientes, porque así se desprende de la norma.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente el reconocimiento y pago de las incapacidades medicas expedidas a la demandante y los intereses moratorios correspondientes en la forma indicada por el a quo.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que la señora Blanca Fabiola Pineda Bejarano, se encontraba vinculada laboralmente con la empresa SODEXO S.A.S. a la fecha de presentación de la demanda y en virtud de ello fue afiliada al SGSS, encontrándose a afiliada a salud con Compensar EPS y a pensiones con Colpensiones; ii) que a la trabajadora se le han expedido más de 540 días de incapacidad entre el 14 de abril de 2016 y el 30 de marzo de 2020, así: a) 1 – 180 días: entre el 14/04/2016 y el 14/10/2016; b) 181 – 540 días: entre el 15/10/2016 – 10/10/2017 y c) 541 días: a partir del 11/10/2017; iii) Que Compensar EPS, no emitió concepto de rehabilitación en los términos contemplados en el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 en consecuencia asumió el pago de las incapacidades superiores a 180 días con sus propios recursos y iv) que Compensar EPS, mediante transferencia electrónica realizada a Sodexo S.A.S. pagó la suma de \$4.903.596 por concepto de incapacidades generadas a la señora Pinedo Bejarano por el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2019 al 30 de marzo de 2020, y esta a su turno las traslado a la demandante hasta el 24 de noviembre de

2021. A estas conclusiones arribó el juez de primera instancia y sobre ellas no se formuló reparo alguno en el recurso.

En cuanto al reparo presentado por Sodexo S.A.S, relacionado con que en su caso no debían causarse intereses moratorios, toda vez que una vez tuvo conocimiento y verificó que se había efectuado pago de las incapacidades por parte de Compensar EPS, procedió a trasladarlas a la demandante.

Respecto a este punto debe indicarse que Compensar EPS, en su contestación aludió que las incapacidades generadas entre el 3 de junio de 2019 al 30 de marzo de 2020, fueron canceladas a Sodexo S.A.S. mediante transferencias electrónicas realizadas el 9 de septiembre de 2019, 7 de octubre de 2019 y 30 de noviembre de 2020, aspecto que pretendió acreditar con unos comprobantes de movimientos de pagos empresariales del banco Colpatria en donde se registran unos abonos a la empresa Sodexo, por los siguientes valores: \$1.628.628 con fecha de pago del 9 de septiembre de 2019, \$828.116 con fecha de pago del 7 de octubre de 2019 y \$6.476.420 con fecha de pago del 30 de noviembre de 2020, no obstante, no se registra a que título ni por cuales periodos se efectuaban tales pagos.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que sobre el particular, la apoderada de sodexo en forma previa a la presentación de alegatos por las partes y expedición de la sentencia, precisó que sodexo había verificado la manifestación efectuada por Compensar EPS en la contestación de la demanda y al revisar las transferencias observaba que efectivamente hubo una

transferencia por valor de \$4.903.596, por lo que procedieron a cancelar tal suma a la trabajadora el 24 de noviembre de 2011, aspecto que fue corroborado por el apoderado de la misma con la salvedad que no era posible establecer a que periodo correspondía, encontrándose en todo caso enmarcado dentro del periodo comprendido entre el 3 de junio de 2019 al 30 de marzo de 2020, por cuanto a si se determinó en la decisión de primera instancia sin ser objeto de reparo por las partes.

Ahora bien, debe tenerse presente que el valor de la transferencia que aduce Sodexo recibió y luego trasladó a la actora no coincide con el valor de ninguna de las transferencias mencionadas, y aunque tampoco es posible establecer cuáles fueron los periodos de incapacidad cuyo pago se realizó con la transferencia aludida, lo cierto es que Sodexo S.A.S., reconoció haber recibido una suma que le correspondía a la trabajadora la cual debió haber trasladado a la misma una vez fue recibida, no obstante, como no es posible establecer con claridad cuál fue el periodo o periodos de incapacidad que se pagaron con los \$4.903.596, ni se conoce cuando fue transferida esa suma por parte de Compensar EPS a Sodexo, ello impediría efectuar condena de intereses moratorios ya que no existía una obligación clara de trasladar ciertos dineros a la trabajadora y en todo caso la obligación recaía era en cabeza de Compensar, razón por la cual habrá de revocar la decisión en este punto.

Definido lo anterior y continuando con el análisis de los reparos presentados por Compensar EPS, debe señalarse que

respecto a la excepción de prescripción, la comunicación que tuvo en cuenta el a quo para interrumpir la prescripción fue la presentada el 6 de septiembre de 2019 ante Colpensiones, en cuya respuesta se informó entre otros sobre el no pago de incapacidades superiores a 180 días por no haberse emitido el concepto de rehabilitación en el término oportuno y que las incapacidades superiores a 540 días estaban a cargo de la EPS, razón por la cual con posterioridad, el 19 de diciembre de 2019, presentó solicitud de pago de incapacidades superiores al día 181 y superiores al día 540, ante Compensar EPS, resultando claro que la interrupción se presentó fue con este comunicado para Compensar EPS, debiéndose en este punto destacar que el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, es claro respecto de la asunción del pago de las incapacidades cuando no se ha emitido el concepto de rehabilitación en el término establecido, en tal medida y como la demanda se presentó el 27 de octubre de 2020, se tiene que la comunicación presentada el 19 de diciembre de 2019, interrumpió la prescripción por lo que las incapacidades anteriores al 19 de diciembre de 2016, se encuentran prescritas, razón por la cual se procederá a modificar la decisión en este sentido.

En cuanto a que a tal reclamación no se le podía dar una interpretación amplia siendo que en la misma se reseñaban las incapacidades reclamadas, conviene recordar que el artículo 489 del C.S.T. establece que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del*

*reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente*”, de acuerdo con lo anterior, se trata de un documento sencillo y sin ninguna formalidad, en el cual debe quedar claro el derecho laboral que se pretende sin necesidad de precisiones adicionales.

Así, se tiene que revisada la comunicación del 19 de diciembre de 2019, en su conjunto se aprecia que se reclama el pago de incapacidades superiores a 180 días y superiores a 540 días, de suerte que aunque se precisen los periodos reclamados, el derecho había sido plenamente identificado “pago de incapacidades superiores a 180 y 540 días”, correspondiendo al juez laboral abordar su estudio conforme a la normatividad que rige el asunto, nótese que la reclamación que se presentó se sustentó en la respuesta que le fue otorgada a la trabajadora por Colpensiones fundamentada entre otros en la interrupción de incapacidad que la misma consideraba había acaecido.

Frente al argumento de la existencia de la prohibición de la incapacidad retroactiva y justificar la improcedencia de pago en la misma con ocasión de tal situación, no resulta acertado tal razonamiento siendo que quien expidió las incapacidades fue la misma EPS, a través del médico tratante de la señora Blanca Fabiola Pineda y nada justificaría trasladar tal carga administrativa al afiliado especialmente porque se expide por encontrar menguada o afectada su salud.

Por otra parte, y respecto al reparo relacionado con que no le correspondía la asunción de las incapacidades superiores a

540 días, debe aclararse que con la expedición de la Ley 1753 de 2015, y expresamente lo consagrado en el artículo 67 de la misma, se le atribuyó la responsabilidad del pago de incapacidades superiores a 540 días a las EPS, tal y como se desprende de lo dispuesto de la norma en comento, que al efecto señala:

*“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. La Entidad administrará los siguientes recursos:*

*(...)*

*Estos recursos se destinarán a:*

*a) El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos. El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas incapacidades.*

*(...)”*

De igual forma, resulta pertinente mencionar que el reconocimiento que se realizó a cargo de las EPS, sobre las incapacidades superiores a 540 días, no se sujetó a la entrada en operación de la ADRES, como se aduce por el recurrente pues de la intelección de la norma lo que se desprende es que los recursos que la referida entidad administraría se destinarían entre otras cosas a pagar a las EPS, las prestaciones económicas que las mismas reconocían a sus afiliados, encontrándose dentro de ellas las incapacidades que superaran los 540 días de incapacidad, quedando de esta manera zanjado el debate sobre el particular.

Es así como a partir de la vigencia de la norma referida (9 de junio de 2015), se tiene por sentado que las incapacidades superiores a 540 días se encuentran a cargo de la EPS, pues no por el hecho que la ADRES entrara a administrar los recursos destinados a cubrir los aseguramientos y prestaciones económicas a cargo de la EPS, podría en razón de ello abstenerse del pago hasta la entrada en operación de la referida entidad, razón por la cual resulta improcedente y desacertado el razonamiento realizado, aspecto que incluso se confirma con la norma expedida con posterioridad (artículo 2.2.3.3.1. del Decreto 1333 del 2018), en la que se precisa que las EPS y demás EOC reconocerán y pagarán las incapacidades derivadas de enfermedad general de origen común superiores a 540 días.

Respecto al cuestionamiento efectuado relacionado con intereses moratorios, debe acudirse a lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016 que compiló lo señalado en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, de acuerdo con el cual se establecen unos periodos dentro de los que se debe realizar el pago de las prestaciones económicas por las EPS y EOC al empleador y/o aportante, así como, se contempla el pago de intereses moratorios en el evento de no realizarse el pago de la prestación dentro de los periodos allí definidos, así se tiene que el artículo en mención señala:

**“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS.** <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.*

*En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.*

**PARÁGRAFO 1.** *La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4o del Decreto-ley 1281 de 2002.*

**PARÁGRAFO 2.** *De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.*

*(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011)."*

De igual forma y toda vez que frente a los intereses moratorios, la norma antes citada nos remite al artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, se acudirá al mismo a efectos de advertir lo que este dispone:

*"ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales."*

Así las cosas y teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas antes mencionadas, se tiene que las EPS deben cancelar en forma directa al aportante las incapacidades y/o licencias, debiéndose para ello presentar la solicitud de reconocimiento por parte del empleador y/o aportante, luego la EPS dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación procederá con la revisión y liquidación de las mismas, así como procederá con la autorización o no de ésta, advirtiéndose que en el evento en que la incapacidad fuera autorizada debería pagarse dentro de

los 5 días hábiles siguientes, de manera que el no pago dentro del periodo señalado, esto es, 20 días hábiles contados a partir de la reclamación presentada por el empleador y/o aportante, generaba sanciones, correspondientes a intereses de mora liquidados a la tasa de interés moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN.

Considerando lo antes mencionado y toda vez que la comunicación con la que se reclamó el pago de las incapacidades a Compensar EPS, data del 19 de diciembre de 2019, se tiene que los intereses moratorios en este caso debían correr a partir de los 20 días hábiles siguientes, esto era, a partir del 21 de enero de 2020 y hasta cuando se verifique el pago, razón por la cual se procederá a modificar la decisión en este sentido.

Finalmente, habrá de aclararse que la orden de efectuar el reconocimiento y pago de las incapacidades se realizó a cargo de Compensar EPS, no obstante, la orden suministrada en cabeza de Sodexo respecto al reconocimiento se desprende del pago que Compensar EPS realizó a dicho empleador (\$4.903.556), por incapacidades generadas a la trabajadora durante el periodo comprendido entre el 3 de junio de 2019 al 30 de marzo de 2020, el cual luego trasladó los dineros a la trabajadora, tal y como se reconoció por su apoderado.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de**

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 1° de la sentencia proferida por el por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, en el entendido que las incapacidades que se ordena reconocer y pagar son las comprendidas a partir del 19 de diciembre de 2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: MODIFICAR** los numerales 2° y 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, en el entendido que quien debe poner a disposición de la señora Blanca Fabiola Pinedo los dineros por concepto de incapacidades comprendidas entre el 3 de junio de 2018 y el 30 de marzo de 2020, es a Compensar EPS, entidad mismas a la que se le autoriza compensar la cifra de \$4.903.596, de conformidad con con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, en el entendido que la prescripción de las incapacidades se extiende hasta el 19 de diciembre de 2016, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO: MODIFICAR** el numeral 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, en el entendido que los intereses moratorios se causan es a partir del 21 de enero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**QUINTO: REVOCAR** el numeral 6° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2021, para en su lugar absolver a Sodexo S.A.S del pago de intereses moratorios, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEXTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCO ANTONIO LOPEZ GUERRERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

**RADICADO: 11001 3105 036 2020 00479 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Diana Leonor Torres Aldana, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.069.733.703 y tarjeta profesional No. 235.865 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

## **SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia de primera instancia ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y el recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de tal decisión.

En esta instancia se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones en los que reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

### **I. ANTECEDENTES**

El demandante formuló demanda con el objeto que se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a partir del 3 de febrero de 2008, al pago de intereses moratorios, a la indexación de las sumas, a las costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que mediante dictamen expedido por el ISS, el 11 de noviembre de 2018, por el ISS, se le determinó una PCL del 52,95% con estructuración del 3 de febrero de 2008; que el 2 de enero de 2009, solicitó al ISS el pago de la

pensión de invalidez, no obstante, se profirió resolución No. 41574 de 2009, negando la prestación por cuanto no se cumplían los requisitos vigentes para obtener la pensión; que a pesar de lo anterior, contaba con 50 semanas aportadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración del estado de invalidez; que sobre el particular debía tenerse en cuenta que prestó servicios a órdenes del empleador Luis Díaz Novoa, desde mayo de 2006 hasta octubre de 2006, y que tales aportes se efectuaron de manera tardía y que si bien la historia laboral indicaba un total de 131 semanas de cotización, no sumaba los periodos de cotización 2006/05 a 2006/08 (17,16 semanas) y 2006/09 (4,29 semanas), para un total de 21,57 semanas, las cuales si fueran tenidas en cuenta, acreditarían los requisitos para causar la pensión de invalidez.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el actor no cumplía con los requisitos exigidos en el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que modificaba el 39 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, resaltó que sin que se entendiera como allanamiento a las pretensiones y hechos de la demanda, en el evento en que su representada resultara condenada, los intereses moratorios solo se causarían a partir del 4 mes contado a partir de la solicitud de pensión.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, prescripción, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, innominada o genérica, no configuración de condena por intereses moratorios y compensación.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de marzo de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

**“PRIMERO:** DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción.

**SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– a reconocer y pagar al señor MARCO ANTONIO LÓPEZ GUERRERO, la pensión de invalidez, por efectos de prescripción, a partir del 1° de noviembre del año 2017, en cuantía inicial equivalente a \$737.717, junto con dos mesadas adicionales por año y los reajustes anuales correspondientes.

**TERCERO:** CONDENAR a la encartada a pagar los intereses moratorios, a partir de que cada una de las mesadas pensionales objeto de condena se hizo exigible y hasta que se verifique el pago de la obligación.

**CUARTO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra.

**QUINTO:** CONDENAR en COSTAS a la encartada. En su liquidación se debe incluir la suma de \$2.000.000 a título de agencias en derecho.

**SEXTO:** CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, tal como lo ordena el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., esto es, en favor de COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado indicó que conforme al último reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones y actualizado al 26 de febrero del 2019, se podía colegir que al actor contaba en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración (3 de febrero de 2008), con aproximadamente 40,72 semanas, las cuales resultaban insuficientes al tenor de lo expuesto en la Ley 860 de 2003, precisando que verificada la historia laboral, encontró que por

los periodos de mayo a septiembre del 2006, registraba un pago aplicado a período declarado, no obstante, pese a reportarse cada ciclo por la totalidad de días que lo integran (30 días) no aparecían días cotizados por ninguno de los periodos e incluso aparecían ciclos simultáneos en los meses de agosto y septiembre del 2006, los cuales registraban el reporte de la cotización por 29 y 30 días respectivamente, sin embargo, en el resumen de semanas contaba con la observación “valor devuelto del régimen de ahorro individual por pago del fondo”.

Así, concluyo que aunque la inconsistencia no se especificaba en la historia laboral, correspondía a una mora en el pago de aportes pues como se extraía de su literalidad fueron reportados por la totalidad del mes los ciclos correspondientes a mayo, junio, julio, agosto y septiembre del 2006, pero no registraban ningún tipo de cotización, además que la parte actora allegó copia de los formularios de autoliquidación mensual de aportes al sistema de Seguridad Social integral, con los que se constataba que por los periodos de mayo a septiembre del 2006, sí se realizaron los pagos aunque de manera tardía (16 de julio del 2010) y dado que a pesar de ello no se acreditaba ninguna actividad de cobro desplegada ni se acreditó objeción o reparo de recibir de manera tardía los aportes, no era posible endilgar responsabilidad del trabajador y se estaría frente a la figura que la jurisprudencia había denominado allanamiento a la mora.

En consecuencia, aludió que resultaba procedente incorporar a la historia laboral los periodos en los que obraba constancia de pago y que no figuraban en el resumen de semanas cotizadas, esto era, los ciclos de mayo, junio y julio del 2006 que equivalían a 12,85 semana, las cuales sumadas a las 40,72 reportadas, se contaría con 53,57 semanas, constituyéndose en beneficiario de la pensión de invalidez, ante la cual señaló que considerando que no llegó a cotizar más de 500 semanas y que conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, el monto de la prestación correspondería al 45% del IBL, el cual aplicado en el caso del demandante se obtiene un valor inferior al SMMLV por lo que la pensión se reconocería sobre este y en 14 mesadas anuales, como quiera que esta se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de Colpensiones, interpuso recurso de apelación contra la sentencia sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que el demandante solo acreditó el total de 41 semanas cotizadas sin alcanzar las 50 requeridas en la normatividad para acceder al derecho pensional, precisando que dicho argumento fue plasmado en las resoluciones en las cuales la entidad negó lo solicitado, además agregó que no podía pasarse por alto que el actor acreditó un total de 900 días equivalente a 128 semanas a la fecha de estructuración de la PCL, sin que pudieran tenerse en cuenta los periodos faltantes

de cotización que no estaban incluidos en la historia laboral ya que no se evidenciaban los aportes de mayo a agosto de 2006 equivalentes a 17,16 semanas razones por las cuales no podían ser tenidos en cuenta para establecer si se cumplían o no las 50 semanas, razones por las cuales no se cumplían los requisitos mínimos para acceder a la pensión de invalidez.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará la viabilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez al actor.

En primer lugar, conviene señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el ISS, mediante dictamen emitido el 11 de noviembre de 2008, por la sección de medicina laboral – Pensiones de la Seccional de Cundinamarca, calificó la PCL del actor señor Marco Antonio López Guerrero, en 52,95% de origen común y con fecha de estructuración del 3 de febrero de 2008; ii) que de conformidad con el reporte de semanas cotizadas actualizado al 26 de febrero de 2019, se tiene que el actor contaba con un acumulado de 131,57 semanas cotizadas y iii) que el actor el 2 de enero de 2009, solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el cual le fue negado mediante Resolución No. 041754 del 7 de septiembre de 2009, por cuanto no cumplía con los requisitos exigidos en la ley, específicamente el de las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

En tratándose de pensión de invalidez no se puede perder de vista la fecha de estructuración de la invalidez, para así establecer la norma aplicable y los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento de la prestación anhelada.

En el caso bajo estudio, es un hecho incontrovertido que la fecha de estructuración de la invalidez fue el 3 de febrero de 2008, por lo que la norma llamada a regular el asunto es la vigente para la época de la estructuración, esto es, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003<sup>1</sup> que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con lo anterior para que el afiliado tuviera derecho a la pensión de invalidez era necesario que cumpliera con los requisitos establecidos por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, consistentes en: **50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la causación de la invalidez .**

---

<sup>1</sup> **“ARTÍCULO 1o.** El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

**Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez.** Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*

2. *Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.*

**PARÁGRAFO 1o.** Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

**PARÁGRAFO 2o.** Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

Así las cosas, del caudal probatorio allegado al expediente, se establece que el actor en principio no cumple con el requisito enunciado, toda vez que entre el 3 de febrero de 2008 y el 3 de febrero de 2005, contaba con 40,72 semanas cotizadas, según se desprende del reporte de semanas cotizadas obrante en el expediente administrativo.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que en este asunto se cuestionó por el actor que el ISS, no se le tuvo en cuenta unos periodos de cotización siendo que aunque prestó servicios para el señor Luis Díaz Novoa, desde mayo de 2006 hasta octubre de 2006 y tales aportes fueron cancelados de manera tardía, lo cierto era que al sumar estos se acreditaba el derecho.

Así se procedió a verificar el reporte de semanas cotizadas, observando que el primer registro que figura respecto del empleador Luis Díaz Novoa data del mes de mayo de 2006, debiéndose precisar que tanto de este periodo como el de junio y julio de 2006, se registra el último salario y cero (0) cotizaciones, sin embargo, al verificar el aparte de “*DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS A PARTIR DE 1995*”, se desprende que tales periodos fueron pagados con posterioridad el 16 de julio de 2010 y aunque se efectúa la observación “*pago aplicado al periodo declarado*” reportando por tales periodos 30 días trabajados en cada uno, no se refleja la equivalencia en días cotizados, como se observa a continuación:

DETALLE DE PAGOS EFECTUADOS A PARTIR DE 1995

En el siguiente reporte encontrará el detalle de las semanas cotizadas a partir de enero de 1995 en adelante.

(04) Identificación Aportante	(17) Nombre y Rólese Social	(19) RA	(20) Período	(22) Fecha De Pago	(23) Referencia de Pago	(24) Monto Reportado	(25) Monto Pagado	(26) Monto en Mora por Retenciones	(27) Días Mora	(28) Días Lib.	(29) Días Tot.	(30) Observaciones
7902094	JOSÉ VICENTE BALLEW	31	199509	09/07/1995	7102251004096	\$ 4.737	\$ 500	\$ 0	0	1	1	Pago aplicado al período cotizado.
7902180	JUAN ROJAS TORRES	31	200001	11/02/2000	6100700043727	\$ 12.737	\$ 1.800	\$ 0	0	1	1	Pago aplicado al período cotizado.
11377185	LUIS DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174817	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	00	0	0	Pago aplicado al período cotizado.
11377185	LUIS DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174806	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	00	0	0	Pago aplicado al período cotizado.
11377185	LUIS DAIZ NOYDA	31	200007	08/07/2010	614827910174809	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	00	0	0	Pago aplicado al período cotizado.
11377185	LUIS DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174810	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	00	0	0	Pago aplicado al período cotizado.
11377185	DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174811	\$ 594.410	\$ 81.100	\$ 2.100	00	00	00	Valor devuelto del Régimen de Seguro Individual por pago al Fondo.
11377185	LUIS DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174812	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	00	0	0	Pago aplicado al período cotizado.
11377185	DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174813	\$ 400.000	\$ 0	\$ 400.000	00	00	00	Valor devuelto del Régimen de Seguro Individual por pago al Fondo.
11377185	LUIS DAIZ NOYDA	31	200009	08/07/2010	614827910174814	\$ 400.000	\$ 0	\$ 0	00	0	00	Ciclo Cobro
11377185	DAIZ NOYDA LUIS R 195 COMERCIALIZADORA	31	200010	10/11/2000	631071880257014	\$ 400.000	\$ 0	\$ 0	00	00	00	Valor devuelto del Régimen de Seguro Individual por pago al Fondo.
11377185	DAIZ NOYDA LUIS R 195 COMERCIALIZADORA	31	200011	11/12/2000	630671820097000	\$ 13.000	\$ 2.100	\$ 0	1	1	1	Valor devuelto del Régimen de Seguro Individual por pago al Fondo.
79014027	JOSÉ JAVIER ROBERTO ROJAS	31	200703	04/03/2007	630671820097000	\$ 420.000	\$ 60.000	\$ 700	09	09	09	Pago aplicado al período cotizado.

Sobre el particular conviene recordar que conforme a lo adoctrinado por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1355-2019 y SL3056-2019, se tiene que los periodos que están reportados en mora se consideran respaldados en una relación laboral, ello es así por cuanto ésta sería la causa o lo que genera el deber de realizar los aportes respectivos a nombre del trabajador.

Igualmente, debe enfatizarse en que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, contempla el deber en cabeza de las administradoras pensionales de promover las acciones de cobro ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador, a su turno, el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994 hoy compilado en el artículo 2.2.3.3.3 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, regula las acciones de cobro y señala que estas deben adelantarse a más tardar, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la cual se entró en mora de las cotizaciones.

En este punto, resulta oportuno traer a colación lo expuesto por nuestro órgano de cierre en sentencia SL502-2021, en donde señaló:

“(...)

*Entonces, se itera, no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación, acciones que, de adelantarlas debidamente y de manera oportuna, concretan en cabeza del aportante moroso la consecuencia de asumir la prestación del sistema que, como efecto de su omisión, se viera privado el trabajador.*

*Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos, será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción.*

(...)”.

En ese orden de ideas y dado que aunque de las documentales allegadas tales como el expediente administrativo, no se evidenció que se hubieran adelantado las gestiones de cobro ni las correspondientes ante los pagos tardíos se colige que en este caso correspondía computar las semanas por los periodos de mayo, junio y julio, es decir, un total de 12,86 semanas las cuales sumadas a las 40,72 semanas superan las 50 semanas exigidas para el reconocimiento pensional.

Establecido lo anterior, se concluye que el actor había causado el derecho a la pensión de invalidez, por lo que se procede a verificar las situaciones particulares del asunto para la determinación del monto de la pensión conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993<sup>2</sup>, así se

---

<sup>2</sup> “**ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ.** El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

tiene que de acuerdo con la información que se extracta del reporte de semanas cotizadas tales como el salario y la densidad de semanas cotizadas (144), se tiene que el monto de la pensión sería equivalente al 45% del IBL, no obstante, dada la prohibición señalada en el inciso 5 de la norma en comento se tiene que la pensión se reconocerá a partir del 2 de enero de 2009 (fecha de la solicitud inicial de la petición), en monto equivalente al SMMLV en 14 mesadas anuales, por haberse causado con anterioridad al desmonte final de la mesada 14, conforme lo establecido en el inciso 8 y el parágrafo 6 transitorio del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005.

Precisado lo anterior, debe recordarse que aunque el derecho a la pensión no prescribe si prescriben las mesadas pensionales y en esa medida como la demandante presentó reclamación el 2 de enero de 2009, siendo resuelta tal petición de manera definitiva en resolución No. 041754 del 7 de septiembre de 2009, puesto que no se evidenció la presentación de recursos contra dicho acto administrativo, así las cosas y dado que la demanda se presentó el 27 de noviembre de 2020, se tiene que la reclamación presentada no interrumpió la prescripción, debiéndose en este punto mencionar que si bien se observa que el 18 de junio de 2019, se presentó nueva reclamación, lo cierto es que en los términos del artículo 489 del C.S.T. solo se permite la interrupción de la prescripción por una sola vez, de modo que en este caso se encontrarían prescritas las mesadas anteriores

---

*En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.*

*La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.”*

al 27 de noviembre de 2017, en ese orden y considerando que el pago de la mesada se efectúa en los últimos días del mes o inicios del mes subsiguiente, se tendría que no se vería afectada la mesada del mes de noviembre de 2017 y por tanto el pago se debía efectuar en adelante.

Finalmente, en lo relacionado con los intereses moratorios, conviene recordar lo expuesto por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL4300-2021, en donde se indicó:

“(…)

*Esta Corte, en sentencia CSJ SL14528 - 2014, recordó que conforme a la doctrina tradicional de esta Sala , los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe en el comportamiento del deudor, o de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, en tanto se trata simplemente del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones –dado su carácter resarcitorio y no sancionatorio-.*

*En ese mismo sentido, baste traer a colación los siguientes argumentos expuestos en la providencia CSJ SL 3130-2020: i) su naturaleza es resarcitoria y no sancionatoria, en consecuencia, la actuación de buena o mala fe no es relevante para su interposición; ii) buscan reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, y iii) existen salvedades que exoneran de su imposición, siempre y cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales. (...).”*

Igualmente, debe mencionarse que en reiterados pronunciamientos judiciales también se ha señalado por nuestro órgano de cierre que los intereses moratorios surgen incluso cuando hubiese existido un pago parcial<sup>3</sup>, en esa medida resulta procedente la condena efectuada por concepto de intereses moratorios, especialmente cuando para la fecha de la presentación de la demanda ya se encontraba decantada la posición respecto a la obligación del reconocimiento

---

<sup>3</sup> Sobre el tema consultar C.S.J., S.C.L. sentencia Rad. 21892 del 27 de febrero de 2004.

pensional cuando se presenta mora en las cotizaciones e inactividad de la administradora pensional en las acciones de cobro, intereses que se causaran sobre cada una de las mesadas aquí reconocidas, considerando la prescripción aquí aplicada hasta la fecha efectiva de pago.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a conformar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de marzo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: COSTAS**, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUÉDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



**LORENZO TORRES RUSSY**



**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RONNY ORLANDO JIMENEZ ACOSTA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**

**RADICADO: 110013105 036 2021 00215 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de febrero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la demandante a la fecha de solicitud de afiliación al Régimen de Prima Media se efectuó cuando contaba con la edad para adquirir pensión de vejez, por lo cual no era viable retornar al RPM, dado que debió hacerlo cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que el deber de información se encuentra a cargo de las APF para dar a conocer a sus potenciales afiliados una información clara, amplia, completa y oportuna; en virtud de que existe la necesidad de un consentimiento informado ya que la afiliación debe ser precedida de una ilustración acerca de características condiciones acceso ventajas, desventajas riesgos y consecuencias del traslado.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor Ronny Orlando Jiménez Acosta, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los aportes pensionales con sus rendimientos, que se encuentran en la cuenta de ahorro individual. Sustentó sus pretensiones, en que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales; que el día 27 de agosto de 2004 se trasladó a Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo la hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 48, 53, 58 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2071 de 2015, el Decreto Ley 2158 de 1948, los artículos 38 y 39 de la Ley 712 de 2001 y las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados números 31989 de 2008, 46292 de 2014, 1328 de 2009, 4964 de 2018.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte del demandante. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, inexistencia de causal de nulidad, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio

constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 7 de febrero de 2023, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“RIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por RONNY ORLANDO JIMÉNEZ ACOSTA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1o. de octubre de 2004, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., normalizar la afiliación de la actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.*

*CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.*

*QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES Liquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.*

*SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que se debe tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, ya que no puede recaer en cabeza de la AFP demandada, en atención de que el demandante contaba con los medios y capacidades para comprender que era lo que afirmando, así como tampoco se puede considerar al actor como la parte débil en este proceso; en virtud de que tiene las capacidades para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera; precisó que las actuaciones realizadas por la Entidad se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir a la actora se fundamenta en el literal e artículo 13 de la Ley 100 de 1993; precisó que la declaratoria del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro la seguridad social de los demás afiliados; refirió que en lo referente al pago de costas solicitó no acceder a ellas, ya que Colpensiones no adeuda suma de dinero al demandante, así como tampoco se evidencia negligencia.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones

expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].**

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 1 de octubre de 2004.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de febrero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HERNANDO RINCON RINCON**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**  
**CESANTÍAS PROTECCION S.A.**

**RADICADO: 110013105 037 2021 00542 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte demandante y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de diciembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que no se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que el demandante se afilió al RAIS por la AFP Protección S.A., como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia

Laboral hasta esa fecha.

## **I. ANTECEDENTES**

El señor Hernando Rincón Rincón, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorias, rendimientos y gastos de administración generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 3 de octubre de 1962; que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales desde el año 1977; que el 26 de marzo de 2005 se trasladó a Protección S.A; sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna sobre los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 1452 de 2019, 1688 de 2019, 1689 de 2019, 3202 de 2020, 8713 de 2020.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante cuando solicitó la nulidad de traslado efectuado al RAIS se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido de la sentencia 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos

administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, esto de conformidad con el formulario de vinculación que suscribió el actor, el cual se realizó de forma libre y espontánea. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público y del sistema general de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 7 de diciembre de 2022, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó el demandante señor HERNANDO RINCÓN RINCÓN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 26 de marzo de 2005. En consecuencia, DECLARA válida la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES-, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.*

*TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.*

*CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., para tal efecto se fija como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV.*

*QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con los expuesto en la parte motiva de la decisión.”*

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL1452, SL 1688, SL1689 de 2019 establecen que existe desde la Ley 100 de 1993 la obligación del deber de información, toda

vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial, en lo referente a la no condena en costas procesales a Colpensiones, en virtud de que la entidad se opuso de forma activa en el trámite del proceso; en consecuencia, precisó que estas deben ser concedidas, esto de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que no es jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente, al momento del traslado de régimen, ya que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima; precisó que las características, condiciones y modalidades de ambos regímenes pensionales se encuentran consignados en la Ley 100 de 1993 y si bien el demandante es sujeto de derechos, lo cierto es que también es sujeto de obligaciones con la AFP que elija, esto de conformidad con el Decreto 2241 de 2010; resaltó que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política que impacta en la reserva del sistema pensional; en consecuencia solicitó se revoque la sentencia de instancia y en caso de que se confirme se mantenga la decisión de no condena en costas, en virtud de que la entidad no tuvo injerencia en el acto jurídico de traslado que se declara ineficaz.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones

expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

## **2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado**

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 26 de marzo de 2005.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte demandante en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se adicionara el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de condenar en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de condenar en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**PROCESO ESPECIAL FUERO SINDICAL PROMOVIDO POR FELIX ALBERTO ANGULO CHAVES Y LA ASOCIACION SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS Y DEMAS TRABAJADORES DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y DE LAS INSTITUCIONES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES – ASEMIL CONTRA HOSPITAL MILITAR CENTRAL**

**RADICADO: 11001 3105 039 2022 00571 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia expedida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de marzo de 2023. En la sentencia de primera instancia se absolvieron de todas las pretensiones principalmente porque el trabajo en tiempo

suplementario no correspondía a un derecho adquirido, ni la no programación de turnos en tales tiempos produjo desmejora de las condiciones laborales ni afectación en asuntos sindicales, de suerte que el cambio de área se encontraba dentro del legítimo ejercicio del ius variandi.

## **I. ANTECEDENTES**

Los demandantes formularon demanda con el objeto que se reestablecieran las condiciones de trabajo, tiempo, modo y lugar que tenía el señor Feliz Alberto Angulo Chaves para el 7 de septiembre de 2022, especialmente su regreso al área de mantenimiento, sus funciones como electricista certificado, su horario y programación de turnos, al pago de las diferencias salariales, prestaciones legales y extralegales dejadas de percibir desde la fecha aludida, a la indexación de las sumas, al pago de intereses moratorios, a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que labora desde el 07 de enero de 1994, al servicio del Hospital Militar Central como trabajador oficial; que es técnico profesional en instalaciones eléctricas, interiores bobinados eléctricos y accesorios, mantenimiento eléctrico y redes eléctricas; que ha cumplido y desarrollado funciones propias del cargo de electricista en el área de mantenimiento del hospital demandado; que para la realización de su trabajo se programaban turnos a realizar en la mañana, tarde y noche y también implicaba trabajar en días

considerados como de descanso obligatorio domingos y festivos; que mediante oficio id: 208722 del 09 de agosto de 2022, el subdirector administrativo de la demandada dispuso su traslado al área de hostelería por necesidades en tal área; que con dicha orden de traslado cambiaron sus funciones, jornada, turnos, responsabilidades y remuneración en forma desfavorable; que tal decisión se adoptó sin autorización previa del juez de trabajo y ante la misma interpuso recurso de reposición y subsidiario de apelación, frente al primero se reiteró la decisión y el segundo no fue concedido, finalmente indicó que a pesar de que el trámite de la reclamación administrativa no se había resuelto, la demandada decidió no programar al trabajador, en el mes de octubre de 2022, en los turnos de trabajo que durante décadas, había cumplido dejando de trabajar en días domingos y festivos.

## **II. CONTESTACIÓN DEMANDA**

El Hospital Militar Central, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no eran hechos los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que no discutían que el demandante ostentaba la calidad de dirigente sindical y que su órbita de actividad sindical se circunscribía a las instalaciones del Hospital Militar Central, de manera que el hecho de reasignarle un área (hostelería) y horario de trabajo, no era una medida que le impidiera el pleno ejercicio del derecho de asociación, ni mucho menos que tuviera como propósito desajustar y/o debilitar a la organización sindical, siendo que continuaba desarrollando sus actividades en el Hospital,

siendo que como servidor público debe prestar el servicio en el entorno que requiere y determina el servicio.

Igualmente, aludió que resultaba importante destacar que el trabajador mensualmente solicitaba y disfrutaba de sendos permisos sindicales que la organización sindical libremente solicitaba, lo que provocaba que el demandante se retirara de su actividad laboral y que el empleador estuviera en la obligación de realizar los movimientos y todo tipo de actividades administrativas para cubrir las ausencias del actor.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de causa, inexistencia de la violación legal denunciada, carencia de acción, compensación, prescripción y la genérica.

### **III. DECISIÓN DEL JUZGADO**

En audiencia del 27 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

**“PRIMERO:** DENEGAR las pretensiones incoadas por el señor FÉLIX ALBERTO ANGULO CHÁVEZ y ASOCIACIÓN SINDICAL DE SERVIDORES PÚBLICOS Y DEMÁS TRABAJADORES DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y DE LAS INSTITUCIONES QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICÍA NACIONAL –ASEMIL.

**SEGUNDO:** DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada que denominó FALTA DE CAUSA y CARENCIA DE ACCIÓN.

**TERCERO:** ABSOLVER al HOSPITAL MILITAR CENTRAL de todas las pretensiones de la parte demandante.

**CUARTO:** CONDENAR en COSTAS al extremo demandante compuesto por el señor FÉLIX ALBERTO ANGULO CHÁVEZ y la ASOCIACIÓN SINDICAL ASEMIL Inclúyase en la respectiva liquidación la suma de \$800.000 como agencias en derecho, liquidación que se deberá realizar conforme al numeral 6 del art 365 del CGP.

**QUINTO:** CONSÚLTESE la presente decisión con el Superior, por resultar adversa al trabajador.

Como fundamento de su decisión, el juzgado argumentó que el demandante sustentaba el desmejoramiento de las condiciones laborales en los siguientes puntos: i) al lugar donde fue trasladado no tenía la posibilidad de aplicar y desarrollar su experiencia y conocimiento especializado; ii) las funciones que desarrollaba en el área de hotelería no eran las que correspondían a su perfil y experiencia laboral y iii) su salario se había rebajado por cuanto dejó de recibir el pago que durante más de 2 décadas percibió por el trabajo realizado en jornada nocturna, o en dominicales o festivos. Así, procedió a efectuar el análisis de cada uno de estos.

En cuanto al primer punto, indicó que de los contratos allegados al expediente se desprendía que el cargo para el que fue contratado el actor inicialmente fue el de servicios generales división de ingeniería (1994) y luego para el de trabajador oficial ingeniería grupo de eléctrica (1997), los cuales no resultaban suficientes para concluir que el objeto de la vinculación estaba específicamente atado al desarrollo de sus actividades en el ámbito de la experiencia y conocimiento especializado que tenía en electricidad, siendo que los requisitos exigidos para el cargo en la división de ingeniería grupo eléctrico corresponden a quinto de primaria y 3 años de experiencia relacionada, especialmente cuando fue durante la vinculación que fueron obteniendo capacitaciones y los certificados como se desprendía de los documentos y testimonios vertidos, por lo que no se evidenciaba desmejora en las condiciones laborales del actor en la medida que para el desarrollo y cumplimiento del

contrato de trabajo no se requería de las habilidades especializadas aducidas por el trabajador, cuando incluso tales actividades y conocimientos técnicos los podía desplegar en hotelería.

Respecto al segundo punto, señaló que de acuerdo con la certificación emitida el 28 de noviembre de 2022, en la que se informó al actor sus funciones en el área de hotelería tanto generales como específicas y considerando los requisitos para el desarrollo de su contrato no requería experiencia laboral y profesional específica en electricidad por consiguiente las labores contratadas podían prestarse cumpliendo las funciones determinadas para el área de hotelería, especialmente cuando por ningún medio de convicción se acreditó que el perfil y cargo contratado exigirá la experiencia laboral y profesional que alegaba el actor, igualmente, destacó que de las funciones que señalaba el demandante realizaba previo a ser trasladado no se observaba que estas se ciñeran a labores relacionadas con el campo de electricidad ya que también se desarrollaban actividades administrativas, como se desprende de la certificación aludida, función que era similar a la establecida en el área de hotelería, aspecto que tampoco genera desmejora de las condiciones laborales ni afectación de la dignidad del trabajador.

Finalmente, frente al tercer punto, precisó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional entre ellas la sentencia T – 326 de 1994, la labor que se realizaba en forma suplementaria no estaba comprendida dentro del núcleo esencial del derecho al trabajo siendo que la necesidad del

deber de ejecución era el que justificaba las jornadas extraordinarias (necesidad del servicio), por lo que no podía interpretarse que existiera el derecho a la jornada extraordinaria sino el derecho a la igualdad de oportunidades, acto seguido, procedió a analizar las planillas de asignación de turnos que se allegaron tanto por la parte actora como por la pasiva, de donde coligió que el actor no devengada de forma permanente salarios por recargo nocturno y en días dominicales y festivos, en donde de los 720 días del año 2021 y 2022 tuvo asignación de turnos nocturnos y/o dominicales o festivos en un total de 30 días, cifra que era mínima para derivar desmejora en las condiciones laborales en contraste con los 252 días de permiso sindical que disfruto el actor, en donde el cambio de área incluso facilita al trabajador cumplir con su labor sindical al no tener que llevarse a cabo tras el agotamiento que generaba una jornada laboral extraordinaria y el doblamiento de turnos que realizaban sus compañeros al momento de reemplazarlo en esos permisos sindicales, situación que fue corroborada por los testigos Ángel Rene Rodríguez y Yamir Leonardo.

En ese orden de ideas, concluye que no se produjo desmejora de las condiciones laborales del actor por consiguiente el cambio de área se encontraba enmarcado dentro del legítimo ejercicio del ius variandi del empleador por ende se tiene que no hubo violación al debido proceso alegado por la parte demandante como quiera que este lo enmarcó en la supuesta falta del empleador de haber solicitado permiso para moverlo en el área laboral situación que como se vio no

generó desmejora laboral de tal manera que no atenta la garantía de fuero sindical.

#### **IV. RECURSO DE APELACION**

El apoderado del actor, interpuso recurso de apelación contra la sentencia a efectos de obtener la revocatoria de la misma sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no se valoró de manera integral y apropiada todo el caudal probatorio ni se analizó la situación a la luz de los postulados constitucionales que protegen y garantizan el efectivo ejercicio del derecho de asociación sindical, pues había quedado acreditado que el señor Felix Alberto Angulo, trabajaba para el hospital militar desde 1994 y lo hizo siempre en el área de electricidad o mantenimiento cumpliendo las funciones específicas y especiales que le permitía su condición profesional, su experticia y la preparación técnica de acuerdo con la certificación del el Consejo Nacional de técnicos electricistas y los testimonios recaudados que señalaron que para pertenecer al área de electricidad debían acreditar estas condiciones de conocimiento especial, por lo que el ejercicio de más de 30 años en esa actividad le permitían al trabajador el respeto de dichas condiciones, siendo que las actividades eran distintas y no exigían conocimientos especiales, actos que eran un claro ejercicio de persecución sindical y desconocimiento de la garantía de fuero sindical.

Adicionalmente, aludió que con el traslado se desmejoró el ingreso mensual que por más de 30 años había tenido el trabajador en la medida que ello le permitió ser programado para laborar en días domingos y festivos y obtener unos ingresos por ese trabajo, violando con ello unos límites prohibidos para el trabajador, esto era, la posibilidad de seguir siendo programado en tales días, fechas en las cuales el trabajador no hacía uso permiso sindical porque no se solicitaban para esos momentos, en donde la única razón del hospital militar para ordenar el traslado y desmejoramiento fue la necesidad del servicio, sin que estas hubiesen sido cubiertas pues como se afirmó por los testigos el servicio no mejoró por el contrario se había descuidado y los trabajadores habían tenido que seguir cubriendo estas necesidades, ya que se habían visto afectados por la sobrecarga laboral que generaba la no presencia del señor Félix.

Igualmente, se indicó que la posibilidad de que cualquier trabajador con garantía de fuero sindical pudiera ser movido internamente constituía un verdadero traslado siendo que se afectaban entre otras funciones, horario y además constituía una invitación a la desestimulación del ejercicio del derecho de asociación sindical y para desempeñarse como directivo sindical si se iban a ver sacrificadas las garantías que por más de 3 décadas se habían consolidado.

## **V. CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará

si en este caso resultaba procedente considerar que el actor estaba amparado por fuero sindical y en dicho evento si resultaba procedente su reinstalación al cargo que ejecutaba con anterioridad al 4 de mayo de 2020 y las demás pretensiones derivadas de ello.

En el presente asunto no existe controversia respecto de los siguientes puntos: i) que entre el señor Felix Alberto Angulo y el Hospital Militar Central, se han celebrados dos contratos de trabajo a término fijo como trabajador oficial, el primero suscrito el 7 de enero de 1994, para desempeñarse como auxiliar servicios generales (División de ingeniería) y el segundo, suscrito el 16 de mayo de 1997, para desempeñarse en el área de ingeniería – Grupo eléctrica; ii) que dicho trabajador se encuentra amparado por fuero sindical en su condición de miembro de la Junta Directiva de ASEMIL en el cargo de secretario general y iii) que mediante oficio 208722 del 9 de agosto de 2022, se le indicó al señor Angulo Chaves que en atención a las necesidades del área de hotelería y de la vinculación como trabajador oficial, a partir de tal comunicación pasaría a cumplir sus obligaciones contractuales en el área de hotelería.

Así, para comenzar el análisis resulta pertinente acudir a la norma que contempla el fuero sindical a efectos de establecer como se contempla el mismo y las prerrogativas que este concede, así se tiene que el **artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo** (modificado por el artículo 1o. del Decreto Legislativo 204 de 1957), dispone:

“Se denomina "fuero sindical" **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 un municipio distinto, sin justa causa, **previamente calificada por el juez del trabajo.**” (Subrayas y negritas fuera de texto).

De conformidad con la norma citada se tiene que el fuero sindical comprende entre otros la garantía para algunos trabajadores de no ser desmejorados en sus condiciones de trabajo sin que ello previamente fuera calificado por el juez del trabajo, debiéndose tener en cuenta en todo caso que esta garantía no ha sido concebida para la protección de derechos individuales sino que busca el amparo del derecho de asociación sindical, tal y como se ha determinado por la Corte Constitucional en Sentencia C-240 del 15 de marzo de 2015 y en esa medida de manera secundaria se generan protecciones individuales en el caso de los representantes sindicales bajo el entendido que con ello se protege la libertad de acción de los sindicatos.

Descendiendo en el análisis y como quiera que se indicó por la recurrente que el cambio en la forma de prestación del servicio y/o funciones no generaban una desmejora de las condiciones del contrato del demandante las cuales en virtud de la subordinación podía desplegar, debe tenerse presente que sobre las condiciones del contrato y la facultad del empleador para modificar las mismas conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL1967-2020 radicación No. 60032 del doce (12) de mayo de dos mil veinte (2020), en donde se indicó:

“Sobre el *ius variandi* se ha ocupado esta Sala en múltiples oportunidades, así en la sentencia CSJ SL, rad. 1258, 20 ag. 1987, dijo la Corte:

El artículo 58 del Código Sustantivo del trabajo establece las obligaciones especiales del trabajador, entre las que está en primer lugar la siguiente:

“1°. Realizar personalmente la labor en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el patrono y sus representantes. Según el orden jerárquico establecido”.

De esa disposición legal, que armoniza con el ordinal b) del artículo 23 ibidem se origina el *ius variandi* que en Derecho Laboral **se refiere a la facultad de dirección del patrono, quien en virtud de ella puede, por ejemplo, cambiar las funciones por necesidades del servicio** o por falta de trabajo en la ocupación específica, ordenar ascensos, cambios en el horario habitual de trabajo, así como también puede ordenar cambios de lugar en sus dependencias empresariales, en las que se incluyen como es lógico, los de población. El trabajador puede oponerse al *ius variandi* del patrono cuando éste hace uso de ese derecho, con el propósito de perjudicar u ofender al trabajador, de ejercer represalia o persecución contra él, o, en suma, con móviles de mala fe. (Resalta la Sala).

En la CSJ SL2643, 8 feb. 1989, se expuso lo que sigue:

El denominado *ius variandi* debe entenderse como una facultad patronal emanada de la potestad subordinante del empleador que **se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulación expresa**. Se trata de que **el patrono puede modificar por su cuenta alguna de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo**, siempre y cuando lo haga dentro de ciertos límites relativos a que con la variación no es dable afectar los intereses del trabajador, entendidos desde un enfoque muy genérico que comprende tanto el aspecto jurídico atinente a los derechos laborales mínimos, legales o convencionales, cuanto a las conveniencias de índole personal, social o familiar que **han de ser precisadas en cada caso concreto**. (Negrillas de la Sala).”

Los criterios anteriores se conjugan en la CSJ SL, rad. 31701, 2 sep. 2008, donde se expuso lo que se transcribe:

Es claro entonces que siendo el *ius variandi* un derecho del empleador, en aquellos eventos en donde estime pertinente hacerlo efectivo, en principio no requiere de la anuencia o el consentimiento previo del trabajador, pues se itera, son facultades que el empleador puede ejercitar de manera unilateral, siempre y cuando, desde luego, no afecte el respeto del honor, de la dignidad, de la seguridad y de los derechos mínimos del trabajador y al dimanar de la potestad subordinante del empleador se genera en todo contrato de trabajo sin necesidad de estipulaciones expresas. Se trata de que el empleador puede modificar por su cuenta algunas de las condiciones a las que se sometió originalmente el empleado, sin que ello implique un cambio de contrato ni violación del mismo.

Así las cosas lo establecido en la cláusula séptima no es una limitación al *ius variandi* por parte del demandado, como lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, lo que ratifica es que siendo el contrato de trabajo consensual y bilateral, **la variación de algunos elementos cardinales del mismo requieren del consentimiento de las partes**, por ejemplo la mutación esencial del objeto del vínculo jurídico o el salario, pero ello **no se refiere a todo cambio** que en virtud del *ius variandi* emane del empleador, más aún cuando en el mismo contrato las partes aceptaron que el Consorcio Fopep, se “reserva el derecho a “asignarle al empleado otros cargos u oficios distintos que esté en capacidad de desempeñar”. (Resalta la Sala).”

De acuerdo con el precedente transcrito se tiene que el IUS VARIANDI es una facultad con la que cuenta el empleador que le permite modificar algunas condiciones de trabajo sin que se requiera consentimiento previo del trabajador, ello siempre y cuando con dicha variación no se afecten los intereses mínimos del trabajador, tales como derechos laborales o conveniencias de índole personal, social o familiar, el honor, la dignidad y seguridad del trabajador.

Teniendo claros los eventos en que el empleador, puede modificar las condiciones del contrato, procede la Sala a apreciar los medios de prueba allegados y practicados durante el trámite de instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectos de establecer si en el presunto asunto existió o no una desmejora de las condiciones del contrato con el cambio de área o división de trabajo.

Como documental relevante obra, respuesta a derecho de petición de fecha 8 de marzo de 2023, de la que se resaltan los siguientes apartes relacionados con las funciones desempeñadas por el actor en el área de equipo industrial y de hotelería.

“(...)

**Funciones desarrolladas en el Área de Equipo Industrial**

1. Realizar mantenimiento preventivo, correctivo y predictivo de elementos y sistemas que hacen parte de la red eléctrica de la Entidad.
2. Prestar turnos de disponibilidad, en cumplimiento con la programación mensual.
3. Realizar labores administrativas propias del área, de acuerdo con los requerimientos y procedimientos establecidos
4. Garantizar el cumplimiento de los procesos y procedimientos dentro del Sistema Integral de Gestión de Calidad (SIGC), orientado al mejoramiento continuo de la entidad.
5. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

**Es importante mencionar que el señor Félix laboro en esta área desde el mes de noviembre del 1991 hasta el mes de octubre del 2022.**

**Funciones actualmente desarrolladas en el área de Hotelería**

- Realizar apoyo en los reportes del estado de las habitaciones.
- Realizar apoyo en el diligenciando del formato ORDEN DE TRABAJO, reportando cualquier novedad encontrada al área de mantenimiento, equipo biomédicos y demás.
- Apoyar en la revisión del buen funcionamiento del equipo mobiliario instalado en las habitaciones (Mesa de noche, televisor, señal de televisión, persianas, cortinas de baño, etc), apoyando con el mantenimiento del inmobiliario de las habitaciones para asegurar el buen estado de las mismas.
- Atender a la mayor brevedad cualquier reclamo formulado por los usuarios.
- Apoyar en la reparación de las persianas, cortinas divisoras, y cortinas de baño en las diferentes áreas y servicios
- Instalación de televisores, revisión de la señal de televisión (configuración de la señal, cambio de pilas en los controles remoto).
- Realizar traslado de mobiliario de servicios hospitalarios y administrativos.
- Cumplir y velar por el seguimiento de las normas de bioseguridad, salud ocupacional, gestión ambiental y calidad con el fin de disminuir los riesgos tanto para los funcionarios como para la comunidad en general.
- Apoyar en la movilidad de funcionarios, pacientes y del personal del hospital militar central (ascensorista).
- Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo

(...)"

Igualmente, se allegaron comprobantes de nómina y planillas de asignación de turnos (ver archivo 1, 14 y 22 del expediente digital), de donde se colige que no devengaba permanentemente recargo nocturno, ni salarios por trabajo en días dominicales y festivos, pues incluso había meses en que no se asignaron turnos de esta naturaleza.

También se recepcionó el interrogatorio de parte del actor en el que reconoció que las funciones en hotelería se prestaban en edificio distinto pero ubicado en la misma dirección donde opera el Hospital Militar, también aceptó que

gozaba de permisos sindicales por 2 o 3 días a la semana, en los que se ausentaba del hospital y si bien negó que las funciones que debía desplegar en dichos días debían ser asumidas por los demás trabajadores, al preguntársele si las funciones que desempeñaba quedaban sin asumir por ninguna persona manifestó *“las actividades en el trabajo las asumen según los trabajos que haya se asignan a las personas que están”* y que si se le había programado turno nocturno de noche y ese día estaba en permiso se le pagaba el recargo también a la persona que cubría ese turno.

De igual forma, se recibieron los testimonios de los señores Ángel René Rodríguez Lozano (quien manifestó ser ex trabajador del hospital en el taller de electricidad donde trabajaba el demandante Felix y encontrase pensionado desde el 1/08/2022) y Yamir Leonardo Vanegas Flores (ingreso en el año 2007, laboró 3 meses en el área de pintura y posteriormente en el taller de electricidad), quienes fueron contestes en indicar la forma en que se prestaban los servicios en el taller de electricidad, indicando que 4 personas prestaban turno (que contaba con programación mensual y anual a efectos de generar igualdad en su determinación) y otro estaba en taller, en donde el que estaba en el taller era el que asumía el turno cuando faltaba alguna persona y cuando el demandante estaba de permiso sindical, que la importancia o propósito del taller era estar pendiente de toda la parte eléctrica del hospital, control de la subestación eléctrica, control de generadores y de las imágenes diagnosticas todo ello de baja tensión y las ups de la parte eléctrica y que el

ingeniero Cesar Guzmán fue un ingeniero que se contrató que se encargó de asignar los trabajos e indicar los turnos.

Igualmente, de los testimonios antes mencionados resulta importante destacar que se indicó que la cantidad de trabajadores en el área había disminuido al punto que solo habían 4 trabajadores en el área, personas que conforme a lo indicado por el señor Yamir Leonardo Vanegas, resultaban insuficientes, situación frente a la que se le consultó si ello no sucedía desde que el señor Felix se ausentaba por los permisos sindicales ante lo que se contestó afirmativamente y que esto se había puesto en conocimiento de su empleador. Asimismo, de esta declaración resulta relevante lo indicado respecto a que el personal de electricidad podía verificar los arreglos eléctricos de las habitaciones, que no podía efectuarse por las personas de hotelería

Revisado el material probatorio, la primera conclusión a la que se llega es que el cambio de funciones realizado implica una posición de la misma jerarquía, puesto que involucran actividades netamente operativas tanto en la división de electricidad como en la de hotelería, situación de la que no es posible derivar vulneración alguno a la dignidad, honor y derechos mínimos del trabajador, pues no se modificó su cargo ni la remuneración mensual recibida, en donde además de los testimonios recaudados en especial el del señor Yamir Leonardo Vanegas, se desprende que el personal de electricidad podía verificar los arreglos eléctricos de las habitaciones cuya buen funcionamiento correspondía al área o división de hotelería en la que se encuentra el actor, por lo

que eventualmente podría contribuir al respecto desde su nueva posición.

A la par, se advierte que esta modificación, en modo alguno afectaba el derecho de asociación sindical y de libertad sindical, pues el mismo actor reconoce que por concepto de permisos sindicales se ausentaba de sus labores y del hospital entre 2 y 3 días a la semana por contar con permiso sindical, que se le han venido cancelado los mismos incluso con el recargo nocturno respectivo y si bien es cierto el cambio generaría modificación en la remuneración por razón del trabajo en tiempo suplementario, lo cierto es que de vieja data se ha indicado por la misma Corte Constitucional en sentencia como la citada por el aquo<sup>1</sup>, que no puede considerarse que existe el derecho a la jornada extraordinaria en tanto ello obedece a la necesidad del servicio y no a una facultad del trabajador, especialmente cuando sobre el particular existen regulaciones puntuales y exigentes para poder trabajar en forma complementaria, por lo que mal haría esta sala en considerar que había un derecho adquirido sobre el particular y que este se ve afectado por la modificación de funciones cuando como se dijo obedece a la necesidad del servicio.

En este punto, resulta oportuno mencionar que el mismo actor reconoce que en los días en que estaba de permiso, sus actividades debían ser asumidas por los demás trabajadores del área, aspecto que el mismo testigo Yamir Leonardo Vanegas, reconoce generaba sobre carga en las funciones de los demás colaboradores del área y si bien alude que con

---

<sup>1</sup> Sentencia T-326 de 1994.

posterioridad a la asignación de nuevas funciones del señor Felix, quedaron solo 4 trabajadores en el área, pues se intentó contratar a alguien pero no asumió el mismo y que posiblemente se estaba en la búsqueda de otro trabajador, lo cierto es que el aludo testigo refiere encontrarse incapacitado sin precisar desde cuándo se encuentra en incapacidad y las planillas allegadas solo dan cuenta de 4 trabajadores para los meses de noviembre y diciembre de 2022, por lo que no existe claridad respecto al número de trabajadores con los que quedo el área, sin embargo, si es evidente que la situación presentada con el actor estaba generado sobre carga laboral y que ello era móvil válido y justificativo para la variación realizada.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY**  
**Magistrado Ponente**

**RECURSO DE ANULACION PROMOVIDO ECOPETROL S.A.  
CONTRA EL LAUDO ARBITRAL EMITIDO POR EL COMITÉ  
DE RECLAMOS DE ECOPETROL – BOGOTA A FAVOR DE  
LEONEL ANTONIO TOSCANO MUÑOZ.**

**RADICADO: 11001 2205000202101744 01**

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintitrés (2023).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de anulación presentado por la apoderada de Ecopetrol S.A., en contra del laudo arbitral 001-2021 proferido por el COMITÉ DE RECLAMOS DE BOGOTÁ el 20 de octubre de 2021, por el cual se condena a la empresa demandada al reconocimiento del recargo nocturno a favor del señor LEONEL ANTONIO TOSCANO MUÑOZ.

El recurso tiene por objeto la ANULACION del laudo atacado, por medio del cual se condenó a la demandada Ecopetrol S.A. al reconocimiento del recargo nocturno reclamado por el actor, causado por el lapso comprendido entre el 24 de septiembre de 2010 y el 31 de octubre de 2018.

## I. ANTECEDENTES

El señor LEONEL ANTONIO TOSCANO MUÑOZ afirma es trabajador de Ecopetrol, según certificado emitido por su empleador (folio 11) y el contrato de trabajo aportado por Ecopetrol al dar respuesta de la reclamación.

En dicha condición presentó ante su Empleador, un derecho de petición Rad. 1-2012-078-74508 del 16 de noviembre de 2012 (folios 7-9 tomo I), solicitando - entre otras cosas - el *"ajuste, reliquidación y actualización de mi salario, cesantía y todas las prestaciones legales y extralegales, teniendo en cuenta el pago del recargo nocturno desde el 16 de Enero del 2002"* y *"realizar los ajustes respectivos a mi salario teniendo en cuenta la respectiva indexación"*.

Las anteriores peticiones fueron resueltas en forma negativa por Ecopetrol mediante el oficio 2-2013-093-36359 del 07 de diciembre de 2012 (folios 8, 9), al considerar básicamente que el reclamante conocía las condiciones laborales y de remuneración del ascenso a nómina directiva, esto es a *'un cargo calificado como de dirección, manejo y/o confianza'*, las cuales fueron aceptadas por el peticionario y prueba de ello, es *"el otro si firmado por las partes, en la cual*

*expresamente se estableció que dentro de la nueva remuneración asignada estaba incluido lo relativo a recargo nocturno.*" Igualmente indicó que "el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el primero de agosto de 2012, tiene efectos inter partes, es decir sus efectos **se** extienden solo a las partes intervinientes en el proceso.

Mediante el documento Rad. 1-2013-078-64231 del 24 de septiembre de 2013 (folio 5, 6. 7 ) dirigido a su jefe inmediato, el reclamante insistió en su solicitud, en procura de obtener el "*Reconocimiento y pago del recargo nocturno a que tiene derecho por ser trabajador directivo, como lo consagra el artículo 115 de la Convención Colectiva de Trabajo, a partir de la fecha y en adelante, con retroactividad de 3 años contados desde el momento en que fui ascendido, por ser trabajador directivo sindicalizado y acogido a la Unión Sindical Obrera*".

La respuesta de Ecopetrol a la nueva solicitud del trabajador, se dio a través del radicado 2-2013-046-2326 del 15 de octubre de 2013 (folio 8,9) y por los mismos argumentos expuestos en la respuesta al derecho de petición del 07 de diciembre de 2013, negó las pretensiones del reclamante, reiterando que existe entre las partes un otrosí debidamente firmado, que se generó con ocasión del ascenso a nómina directiva y el cual quedó claramente establecido que "(...) dentro de la nueva remuneración asignada estaba incluido lo relativo a recargo nocturno.

El documento al que se alude como otrosí al contrato, por parte de Ecopetrol S.A. se encuentra incorporado como prueba en el expediente. (folios 60, 61, 62).

6. Por lo anterior, a través de Apoderada judicial, el aquí reclamante invocando su calidad de afiliado al Sindicato USO (folio 11), radicó el 20 de noviembre de 2013, un oficio con el "Asunto: Inscripción de la Reclamación Laboral; Reconocimiento y pago del artículo 115 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente" ante el Comité de Reclamos de Barrancabermeja Tribunal de Arbitramento USO - ECOPETROL (folio 12 ), quien luego de verificar los requisitos legales y convencionales aplicables para el caso, profirió el Auto A446-2013, por medio del cual, ordenó inscribir formalmente la reclamación por recargo nocturno, formulada por el señor LEONEL ANTONIO TOSCANO.(folio14)

El Actor allegó comunicación el día 07 de septiembre de 2016 al Comité de Reclamos de GRB (folio 47), indicando que era su decisión que la presente reclamación se tramitara ante el Tribunal de Arbitramento de ADECO y allegó certificación de afiliación a dicha organización sindical (folio 48 tomo I) que indica que es afiliado a dicho Sindicato únicamente desde el 16 de enero de 2014.

Mediante el Auto A021-2018 del 05 de junio de 2018, el Tribunal de Arbitramento ADECO-ECOPETROL, asumió la competencia para conocer de la reclamación del señor Leonel Antonio Toscano, por la temática del reconocimiento de

artículo e de la convención colectiva de trabajo vigente" (folio 50).

El expediente fue recibido por el Comité de Reclamos de Bogotá el 08 de marzo de 2019 (Folios 269) por tener la competencia exclusiva sobre "todas las reclamaciones de las temáticas actuales y futuras relacionadas con asuntos de Despidos y Jornada Laboral (dominicales y festivos, trabajo suplementario, trabajo nocturno)" de conformidad con lo previsto en el párrafo 1 del artículo 86 de la Convención Colectiva de Trabajo 2018-2022 y mediante Auto 057-2020 del 23 de julio de 2020 (folios 3-7 tomo II), declaró su competencia para conocer del presente asunto (Negritas del texto original).

El 26 de octubre de 2018 Ecopetrol S.A. y la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo - USO suscribieron "ACTA DE ACUERDO ECOPEPETROL USO", con la cual se pretendió por parte de la empresa solucionar definitivamente la controversia relacionada con el pago del recargo nocturno, que posibilitó en forma expresa finiquitar las reclamaciones vigentes en los Comités de Reclamos, a través del mecanismo de la CONCILIACIÓN.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA RECLAMACIÓN**

Ecopetrol S.A. al descorrer el traslado de la reclamación (folios 55-60) a través de apoderada judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones; solicitó ser absuelta de las mismas y propuso las excepciones de mérito denominadas:

INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, FALTA DE CAUSA PARA PEDIR, COBRO DE LO NO DEBIDO"EXTEMPORANEIDAD PARA EMITIR LAUDO, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE y EXTEMPORANEIDAD PARA EMITIR LAUDO.

Para fundamentar su defensa la empresa Ecopetrol sostuvo, en síntesis, que si bien es cierto que la legislación laboral no excluye a los trabajadores directivos del reconocimiento del recargo nocturno, lo cierto era que el demandante había aceptado expresamente que dentro de la nueva remuneración se incluyeran los valores correspondientes por tal concepto en la medida que llegaren a causarse.

### **III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA EMITIDA POR EL COMITÉ DE RECLAMOS DE ECOPETROL-BOGOTA.**

Con LAUDO DEL 20 DE OCTUBRE DE 2021, el comité de reclamos resolvió:

*PRIMERO: CONDENAR a Ecopetrol S.A. a pagar a favor del trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz, la suma correspondiente al valor del recargo nocturno en cuantía del cuarenta por ciento (40%) del trabajo diurno de las horas laboradas en horario nocturno, en el lapso comprendido entre el 24 de septiembre de 2010 y el 31 de octubre de 2018.*

*SEGUNDO: La condena del artículo primero deberá ser indexada al momento del pago efectivo de acuerdo con el porcentaje del IPC causado desde el momento de exigibilidad de cada uno de los recargos nocturnos.*

*TERCERO: DECLARAR como no probadas las excepciones de mérito interpuestas por la apoderada de Ecopetrol S.A. de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro*

*de lo no debido, buena fe, la genérica y falta de competencia, por las razones contenidas en la parte considerativa.*

*CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de los recargos nocturnos laborados por el trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz, con anterioridad al 24 de septiembre de 2010.*

*QUINTO: NOTIFICAR a las partes que contra el presente Laudo Arbitral procede el recurso de anulación previsto en la convención colectiva de trabajo 2018-2022 y en el Procedimiento Comité de Reclamos Capítulo XII del 19 de febrero de 2019, ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cual debe ser interpuesto dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente Laudo en debida forma.*

*SEXTO: De no ser recurrido el Laudo Arbitral, archívese por la Secretaría del Comité*

Para fundamentar la decisión anterior el comité identificó que *el punto de discusión es realmente si le asiste razón o no al empleador cuando indica a través de las excepciones de mérito formuladas, que el reclamante si está recibiendo el pago del recargo nocturno, el cual está incluido dentro de su remuneración, conforme la aceptación que hiciera el mismo trabajador cuando fue ascendido a nómina directiva y a la compensación de éste recargo, autorizada expresamente por el artículo 170 del C.S.T*

Para resolver el problema planteado el comité indico lo siguiente:

*En este sentido se advierte que no le asiste razón a Ecopetrol S.A. pues la firma de aceptación del ascenso por parte del trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz no puede ser entendida como la suscripción de otro sí entre las partes cuya intención haya sido subsumir en el pago mensual el pago del*

*recargo nocturno pues además ni siquiera en virtud de la firma de una cláusula de no reconocimiento salarial amparada en el artículo 128 del C.S.T dicho acuerdo sería legal pues el recargo nocturno en virtud de lo preceptuado en el artículo 127 del C.S.T es considerado salario para todos los efectos pues hace parte de aquellos conceptos que el trabajador recibe en dinero como contraprestación directa a su servicio y el salario en virtud del artículo 142 del C.S.T. es irrenunciable, por lo tanto, si en gracia de discusión, el trabajador aceptó que no le cancelaran el recargo nocturno pues la suma se entendería compensada en la remuneración mensual dicha manifestación de voluntad es ineficaz en virtud del artículo 13 del C.S.T y el carácter irrenunciable de los emolumentos que constituyen salario.*

Sobre las excepciones propuestas el comité encontró lo siguiente:

*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN La apoderada de Ecopetrol S.A. fundó la excepción en el argumento que el reclamante había recibido las partidas salariales y prestacionales y que por lo tanto su prohijada no le adeudaba suma alguna. Sobre el particular es de resaltar que no le asiste razón a Ecopetrol S.A. pues la firma de aceptación del ascenso por parte del trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz no puede ser entendida como la suscripción de un otrosí entre las partes cuya intención haya sido subsumir en el pago mensual el pago del recargo nocturno pues además ni siquiera en virtud de la firma de una cláusula de no reconocimiento salarial amparada en el artículo 128 del C.S.T dicho acuerdo sería legal pues el recargo nocturno en virtud de lo preceptuado en el artículo 127 del C.S.T es considerado salario para todos los efectos pues hace parte de aquellos conceptos que el trabajador recibe en dinero como contraprestación directa a su servicio y el salario en virtud del artículo 142 del C.S.T. es irrenunciable, por lo tanto, si en gracia de discusión, el trabajador aceptó que no le cancelaran el recargo nocturno pues la suma se entendería compensada en la remuneración mensual dicha manifestación de voluntad es ineficaz en virtud del artículo 13 del C.S.T y el carácter irrenunciable de los emolumentos que constituyen salario. Por lo tanto, se encuentra debidamente probado en el proceso el trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz laboró en horario nocturno y que Ecopetrol S.A. no le canceló el valor del recargo nocturno en cuantía del cuarenta por ciento (40%) del trabajo diurno. En virtud de lo anteriormente expuesto se*

*declara no probada la excepción de inexistencia de la obligación.*

*FALTA DE CAUSA PARA PEDIR La apoderada de Ecopetrol S.A. fundó la excepción en el argumento que el reclamante no acredita los requisitos para ser acreedor de su prohijada pues su representada no le adeuda dinero alguno. Sobre el particular es de resaltar que no le asiste razón a Ecopetrol S.A. pues la firma de aceptación del ascenso por parte del trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz no puede ser entendida como la suscripción de un otrosí entre las partes cuya intención haya sido subsumir en el pago mensual el pago del recargo nocturno pues además ni siquiera en virtud de la firma de una cláusula de no reconocimiento salarial amparada en el artículo 128 del C.S.T dicho acuerdo sería legal pues el recargo nocturno en virtud de lo preceptuado en el artículo 127 del C.S.T es considerado salario para todos los efectos pues hace parte de aquellos conceptos que el trabajador recibe en dinero como contraprestación directa a su servicio y el salario en virtud del artículo 142 del C.S.T. es irrenunciable, por lo tanto, si en gracia de discusión, el trabajador aceptó que no le cancelaran el recargo nocturno pues la suma se entendería compensada en la remuneración mensual dicha manifestación de voluntad es ineficaz en virtud del artículo 13 del C.S.T y el carácter irrenunciable de los emolumentos que constituyen salario. Por lo tanto, se encuentra debidamente probado en el proceso el trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz laboró en horario nocturno y que Ecopetrol S.A. no le canceló el valor del recargo nocturno en cuantía del cuarenta por ciento (40%) del trabajo diurno. En virtud de lo anteriormente expuesto se declara no probada la excepción de falta de causa para pedir.*

*COBRO DE LO NO DEBIDO La apoderada de Ecopetrol S.A. fundó la excepción en que su prohijada había cumplido con todas las obligaciones que le asistían como empleador y que el reclamante al haber aceptado libremente el ascenso a nómina directiva el 22 de febrero de 2002 al asumir nuevas responsabilidades como empleado de dirección la empresa le había asignado una remuneración compensada que incluía y cubría el valor de sus servicios prestados fuera de la jornada ordinaria por lo que en este caso no existe obligación pendiente por pagar. Sobre el particular es de resaltar que no le asiste razón a Ecopetrol S.A. pues la firma de aceptación del ascenso por parte del trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz no puede ser entendida como la suscripción de un otrosí entre las partes cuya intención haya sido subsumir en el pago mensual el pago del recargo nocturno pues además ni siquiera en virtud de la firma de una cláusula de no reconocimiento salarial amparada en el artículo 128 del C.S.T dicho acuerdo sería legal pues el recargo nocturno en virtud de lo preceptuado en el artículo 127 del C.S.T es considerado salario para todos los efectos pues hace parte de aquellos conceptos que el trabajador*

*recibe en dinero como contraprestación directa a su servicio y el salario en virtud del artículo 142 del C.S.T. es irrenunciable, por lo tanto, si en gracia de discusión, el trabajador aceptó que no le cancelaran el recargo nocturno pues la suma se entendería compensada en la remuneración mensual dicha manifestación de voluntad es ineficaz en virtud del artículo 13 del C.S.T y el carácter irrenunciable de los emolumentos que constituyen salario. Por lo tanto, se encuentra debidamente probado en el proceso el trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz laboró en horario nocturno y que Ecopetrol S.A. no le canceló el valor del recargo nocturno en cuantía del cuarenta por ciento (40%) del trabajo diurno. En virtud de lo anteriormente expuesto se declara no probada la excepción de cobro de lo no debido.*

*PRESCRIPCIÓN Respecto de la excepción de prescripción, propuesta oportunamente por Ecopetrol S.A., resulta relevante la argumentación expuesta por la parte reclamante en la fallida Audiencia de Conciliación del 16 de septiembre de 2020, donde señaló - entre otras cosas - que “el señor LEONEL ANTONIO TOSCANO MUÑOZ solicita que la empresa le reconozca el pago correspondiente al recargo nocturno, de las horas nocturnas laboradas durante el periodo comprendido entre 21 de marzo de 2011 al 31 de octubre de 2018, teniendo en cuenta que para el 1 de noviembre de 2018 a mi cliente se le empezó a pagar el recargo nocturno señalada en la Convención Colectiva de Trabajo (..)” tenemos que señalar lo siguiente: • Desde el 01 de noviembre de 2018, no hay reproches sobre la forma de remuneración del recargo nocturno por parte de Ecopetrol. • Es así como prospera la excepción de prescripción propuesta por la demandada, respecto de los recargos nocturnos generado por el reclamante con anterioridad al 24 de septiembre del año 2010 pues la reclamación administrativa ante el jefe inmediato se presentó el 24 de septiembre de 2013.*

*BUENA FE La apoderada de Ecopetrol S.A. fundó la excepción en que su prohijada nada debe al reclamante pues ha liquidado oportunamente las prestaciones sociales legales y extralegales. En primer lugar, es de resaltar que el recargo nocturno no es una prestación social y en segundo término que no le asiste razón a Ecopetrol S.A. pues la firma de aceptación del ascenso por parte del trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz no puede ser entendida como la suscripción de un otrosí entre las partes cuya intención haya sido subsumir en el pago mensual el pago del recargo nocturno pues además ni siquiera en virtud de la firma de una cláusula de no reconocimiento salarial amparada en el artículo 128 del C.S.T dicho acuerdo sería legal pues el recargo nocturno en virtud de lo preceptuado en el artículo 127 del C.S.T es considerado salario para todos los efectos pues hace parte de aquellos conceptos que el trabajador recibe en dinero como contraprestación directa a su servicio y el salario en virtud del artículo 142 del C.S.T. es irrenunciable,*

*por lo tanto, sí en gracia de discusión, el trabajador aceptó que no le cancelaran el recargo nocturno pues la suma se entendería compensada en la remuneración mensual dicha manifestación de voluntad es ineficaz en virtud del artículo 13 del C.S.T y el carácter irrenunciable de los emolumentos que constituyen salario. Por lo tanto, se encuentra debidamente probado en el proceso el trabajador Leonel Antonio Toscano Muñoz laboró en horario nocturno y que Ecopetrol S.A. no le canceló el valor del recargo nocturno en cuantía del cuarenta por ciento (40%) del trabajo diurno. En virtud de lo anteriormente expuesto se declara no probada la excepción de buena fe.*

*LA GENÉRICA QUE RESULTE PROBADA EN EL PROCESO La apoderada de Ecopetrol S.A. solicita que se declare por probada toda excepción de fondo cuyos fundamentos hayan sido acreditados en el proceso. En el proceso no se acreditó ninguna excepción de fondo, por lo tanto, se declara no probada la excepción genérica.*

*FALTA DE COMPETENCIA DEL COMITÉ DE RECLAMOS. La apoderada de Ecopetrol S.A. alega como de fondo la excepción de falta de competencia del Comité de Reclamos por haber transcurrido más de 90 días calendario contados a partir de que se empiece a tratar o estudiar el caso de forma efectiva sin que se haya resuelto. Sobre el particular el artículo 85 convencional citado por la apoderada de la empresa reza: “En ningún caso el término de noventa (90) días se considerará como término prescriptivo de la competencia del Comité, que lo inhabilite para el conocimiento y decisión de todos los casos que se traten en él” De la simple lectura del contenido convencional transcrito se arriba a la conclusión que el Comité de Reclamos no ha perdido competencia para proferir el presente laudo a pesar que han transcurrido más de noventa (90) días calendario desde el inicio de su estudio. En virtud de lo anteriormente expuesto se declara no probada la excepción de falta de competencia del Comité de Reclamos.*

Resueltas las excepciones propuestas el comité concluyo lo siguiente:

*La postura mayoritaria que se ha expuesto en el presente Laudo Arbitral, recoge los argumentos presentados por la Dra. Julia Amparo Quiroga Ruiz, quien actuando como quinto árbitro expresó las razones por las cuales debe prosperar la reclamación del Sr. Toscano, en la forma siguiente: “El artículo 13 del CST nos habla de los derechos y garantías del trabajador, este artículo señala “no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo”. Igualmente, el artículo 14 del CST, establece que las*

*disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y por consiguiente los derechos y prerrogativas que ellas conceden son IRRENUNCIABLES, salvo los casos expresamente exceptuados por la Ley. En la comunicación de fecha 22 de febrero de 2002, aceptada por el Sr. Leonel Toscano Muñoz, en donde se expresa “al asumir estas nuevas responsabilidades como empleado de dirección, la empresa le ha asignado un salario cuya remuneración compensada incluye y cubre el valor de sus servicios prestados fuera de la jornada ordinaria”. Ahora bien, por ostentar el Sr. Leonel Toscano la condición de trabajador de Dirección, Confianza y Manejo, no está excluido del derecho a devengar los recargos nocturnos, pues tiene derecho a la remuneración adicional establecida legalmente, por el hecho de prestar sus servicios en horas de la noche. Por lo anterior, se debe reconocer, liquidar y pagar el trabajo nocturno causado tres años atrás de la vigencia 2018, de conformidad con el artículo 168 del CST.*

#### **IV. RECURSO DE ANULACION**

La apoderada de Ecopetrol formulo el recurso de anulación con el objeto ya enunciado y lo sustentó, en síntesis, en tres argumentos a saber:

##### **1. Desconocimiento de los términos del compromiso por extemporaneidad del Laudo Arbitral.**

*Inicialmente es del caso mencionar que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ECOPETROL S.A. y su sindicato Union Sindical Obrera USO 2014 – 2018 y 2018-2022, se aprecia en su articulado 85 que existe un término para que los árbitros emitan el correspondiente fallo y dice; “(...) Los reclamos serán conciliados o decididos según su orden de inscripción y deberán quedar resueltos en el término de (90) días calendario, contados a partir de la fecha en que se empieza a tratar o estudiar cada caso en forma efectiva, salvo fuerza mayor o caso fortuito”. (Subraya y negrilla fuera de texto). Precisamente, en el numeral 9.1. TERMINO del acta extra convencional suscrita por Ecopetrol S.A y la Unión Sindical Obrera USO, de fecha 1 de Abril de 2014, se dispuso que: “los reclamos serán conciliados o decididos según su orden de inscripción y deberán quedar resueltos en el término de noventa (90) días calendario, salvo fuerza mayor o caso fortuito.” (Subraya y negrilla fuera de texto). En consecuencia, tenemos que el Laudo Arbitral proferido por el Comité de Reclamos de Bogotá vulnera de manera ostensible el debido proceso y resulta notoria su extemporaneidad, el Comité de Reclamos de Bogotá profirió el*

*laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral, porque, entre la fecha de inscripción de la reclamación y la fecha en que se profiere el laudo arbitral 20 de octubre de 2021, han transcurrido más de 8 años sin que hubiera pronunciamiento por parte del Comité de Reclamos, vulnerando con esto el artículo 85 convencional que fija un término de 90 días calendario para decidir las reclamaciones, resultando evidente que se profirió el laudo arbitral después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prorroga.*

## **2. Del Laudo Arbitral proferido por el Comité de Reclamos Bogotá.**

*En primer lugar, quiero resaltar el incumplimiento total de los requisitos de forma en cuanto a la expedición del laudo arbitral pues incumple sustancialmente con los que se encuentran contemplados en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil<sup>5</sup>, en cuanto al contenido que debe tener una sentencia. El laudo arbitral proferido para el caso, como providencia equivalente a una sentencia, y esta como tal, no contempla formalmente una parte motiva en el que se examinen de manera crítica todas las pruebas aportadas al proceso, pues, ni siquiera se les mencionó, incluso, tampoco se hace énfasis de los racionamientos legales necesarios que permitieron fundamentar de manera clara y precisa, con un grado de comprensión normal, la decisión adoptada. Así las cosas, no se entiende el enfoque de la decisión pues si la polémica se genera por el alcance que se le debe dar a una norma, es obligación de los árbitros del Comité de Reclamos que sienten su posición interpretativa de esta, y con fundamento en ella, se decida de fondo la reclamación, situación que no se presenta en este caso pues, a todas luces el laudo arbitral carece de algún tipo de argumentación y sustento jurídico. En síntesis, vale la pena recordar la obligación de los árbitros de proferir sus decisiones con fundamento en el artículo 230 de la Constitución Política<sup>6</sup>, el cual, incluye como fuente normativa la jurisprudencia, cuyo precedente es de carácter vinculante, y especialmente, la exigencia o mejor la carga argumentativa que les es exigida cuando deciden, como en el caso lo hicieron, apartarse de los pronunciamientos previos y la abundante jurisprudencia, en la forma que lo explicó a profundidad la Corte Constitucional.*

## **3. Decisión en equidad, Necesidad de decidir en derecho.**

*En el caso que nos ocupa, el comité de reclamos al proferir el Laudo a que nos hemos referido, no falló en derecho. Los árbitros desconociendo las normas legales y convencionales vigentes en ECOPETROL S.A., fallaron equivocadamente en conciencia y por esta razón se condenó a mi representada. Si bien las normas de arbitramento permiten tomar decisiones en “equidad”, ello no implica que tal decisión deba contener la*

*necesaria argumentación jurídica que soporte lo definido y que deba además, guardar de manera juiciosa el respeto por los principios generales de derecho procesal.*

## **V. CONSIDERACIONES**

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en la prestación de los servicios del actor en los horarios nocturnos que reclama ni sobre la forma en que el comité ordeno su reconocimiento.

El reparo de la apelante esta fundado en la extemporaneidad del pronunciamiento; la ausencia de motivación jurídica al interpretar y aplicar la norma que establece el recargo nocturno; y la toma de una decisión en equidad y no en derecho como correspondía.

**Sobre la oportunidad del pronunciamiento arbitral la sala se remitirá a las siguientes premisas normativas:**

El artículo 139 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual dispone en su tenor literal que:

*“Cuando en una convención colectiva las partes estipulen el establecimiento de tribunales o comisiones de arbitraje de carácter permanente, se estará a los términos de la convención, en todo lo relacionado con su constitución, competencia y procedimiento para la decisión de las controversias correspondientes, y sólo a falta de disposición especial se aplicarán las normas del presente Capítulo.”*

Lo anterior nos indica que cuando se encuentre regulado en la convención colectiva, el procedimiento y la competencia

del arbitraje para la resolución de conflictos; todas las actuaciones relacionadas con esos aspectos deberán ceñirse a las disposiciones contenidas en la misma.

En el presente asunto, en la Convención Colectiva de Trabajo (2018-2022) suscrita entre ECOPETROL S.A y la USO, en relación al termino para resolver los reclamos por parte del Comité, pactaron en su literal b) del artículo 85 lo siguiente:

*“(...) Los reclamos serán conciliados o decididos según su orden de inscripción y deberán quedar resueltos en término de noventa (90) días calendario, contados a partir de la fecha en que se empiece a tratar o estudiar cada caso en forma efectiva, salvo fuerza mayor o caso fortuito.*

**En ningún caso el término de noventa (90) días se considerará como término prescriptivo de la competencia del Comité, que lo inhabilite para el conocimiento y decisión de todos los casos que se traten en él.**

Bajo las anteriores premisas lo afirmado por la recurrente respecto de la perdida de competencia del Comité de Reclamos, carece de fundamento, pues dentro de dicho precepto se establece de forma expresa que en ningún caso los 90 días estipulados para resolver la reclamación, serán considerados como término prescriptivo de la competencia de dicha corporación para conocer del asunto.

**Sobre la falta de fundamentación jurídica en la aplicación e interpretación de la norma que establece los recargos nocturnos.**

Sobre este punto, contrario a lo que señala la recurrente, en el laudo se indicó que el artículo 112 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018, establece en su numeral 2.5.2 el pago del recargo nocturno:

**“ARTÍCULO 112.** *El trabajo nocturno, por el solo hecho de ser nocturno, se remunerará con un recargo del cuarenta por ciento (40%) sobre el valor del trabajo diurno.”*

Adicionalmente y para ilustrar la aplicación de la norma sobre recargo nocturno aparece citado en el laudo arbitral, como un criterio jurisprudencial para aplicar al caso, el contenido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Magistrada Ponente Elsy Del Pilar Cuello Calderón, del 1 de agosto de 2012, cuyo contenido en lo pertinente dice lo siguiente:

*“En lo relacionado con el derecho a que el demandante le sea reconocido el recargo previsto legalmente por haber laborado en jornada nocturna, es pertinente precisar que, si bien los trabajadores de dirección, confianza y manejo no tienen derecho al reconocimiento de horas por razón del cargo, ello no significa que esa misma situación debe extenderse a los incrementos estatuidos por ley, generados por el cumplimiento de una jornada de trabajo ejecutada en horas de la noche”.*

*“La anterior inferencia por cuanto, si bien es cierto que los trabajadores de dirección, confianza y manejo están excluidos de la jornada máxima legal, y en consecuencia no devengan aumentos por laborar en jornada suplementaria o de horas extras, ello no significa que la misma exclusión deba extenderse a la remuneración legalmente establecida por recargo nocturno, pues es una regla de interpretación de la ley que las normas que establezcan restricciones o excepciones no son aplicables por analogía”.*

*“En consecuencia, es evidente la equivocación del sentenciador de alzada, cuando dedujo que por ostentar el demandante la condición de trabajador de dirección, confianza y manejo también estaba excluido del derecho a devengar los recargos nocturnos, pues dicho contingente de trabajadores sí tiene derecho a la remuneración adicional establecida legalmente por el hecho de prestar sus servicios en horas de la noche”.*

*“Conforme a lo anterior, es dable concluir no sólo que el demandante laboró en jornada ordinaria nocturna el número de horas que ya se dejaron relacionadas, sino, además, que la empresa demandada no le canceló los recargos previstos legalmente, esto es, los incrementos de que trata el numeral 1° del artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 24 de la Ley 50 de 1990”.*

*“En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, para en su lugar, condenar a la demandada a reconocer las sumas señaladas por concepto de recargos nocturnos y reajustes de las primas de servicios, auxilio de cesantía y pensión de jubilación”.*

El precedente reseñado cobra vigencia y va en línea de lo establecido en la SL 5436 de 2019 con Rad. 64283, mediante la cual, la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó:

*“Con todo, importa precisar que si la Corte abriera paso al estudio jurídico planteado por la recurrente, en punto a la aplicación del artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo, llegaría a la misma conclusión de la sentencia gravada, en la medida en que, tal cual lo ha aleccionado esta Corporación de tiempo atrás, el trabajo rotatorio por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal o, en su caso, a la convenida por los contratantes, de suerte que la ausencia de acreditación de la estipulación sobre el salario uniforme para compensar los recargos diurnos y nocturnos, implica que deban resolverse conforme a las normas legales correspondientes, además de la demostración de que se trató de un trabajo ejecutado por equipos o grupos de operarios que se rotan por turnos sucesivos, que no se probó en el caso presente, toda vez que, a pesar de que en el documento que suscribieran las partes (fls. 407 a 408), se acordó la remuneración anticipada por el trabajo nocturno, no se especificó cuál era el equivalente a la compensación por dicho horario, ni se hizo referencia a que la labor que desempeñara el demandante, se ejecutara por equipos o por turnos entre operarios de una misma actividad. Así lo enseñó esta Sala de Casación, en el fallo atrás referenciado:*

*Condiciones requeridas para la aplicación del artículo 170 del CST. el turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labor que la exceda, da lugar al recargo legal correspondiente. De la ausencia de elementos de juicio que acreditan la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajo diurno y nocturno a que se refiere el artículo 170 CST no puede llegarse a otra conclusión sino a la de inexistencia de la compensación.*

*Para la aplicación del artículo 170 se requiere el lleno de estas condiciones: a) Que se trate de una labor por equipos; b) Que la labor implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos; y c) Que las partes hayan estipulado salarios uniformes para el trabajo diurno y*

*nocturno, en tal para el trabajo diurno y nocturno, en tal forma que, el acordado, compense el recargo legal por el servicio nocturno.*

*Los presupuestos de la norma tienen una explicación: en cuanto al del literal a), el trabajo debe ejecutarse por equipo, es decir, por un grupo de operarios organizados para un fin o servicio determinado. Respecto al del literal b), es necesario que el trabajo por equipos es rotatorio y sucesivo, de tal manera que cada operario preste servicios en turnos diurnos y nocturnos. En relación con el del literal c), **aunque el trabajo por equipos se ejecute en turnos rotativos, diurnos y nocturnos, si no ha mediado estipulación entre las partes sobre salario fijo o uniforme que compense el recargo por el trabajo nocturno, debe éste pagarse conforme a la ley.***

(...)

*El turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o, en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labora que la exceda, da lugar a recargo legal correspondiente. **Puede éste producirse por el simple trabajo nocturno, por el extra diurno o extra nocturno, según aparezca de las pruebas del juicio.** (CSJ SL, 19 ago. 1964, GJ CVIII, n.º 2273, pág. 502-508).”*

Son suficientes las precisiones anteriores para desechar el argumento de apelación en cuanto la ausencia de fundamento jurídico del laudo.

### **Frente al argumento de la decisión en equidad.**

Las consideraciones expuestas sobre la fundamentación jurídica del laudo, dejan igualmente desvirtuado el que la decisión tomada por el Comité de Reclamos corresponda a una decisión en equidad.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de**

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: HOMOLOGAR** el laudo arbitral 001-2021 del 20 de octubre del año 2021, proferido por el Comité de Reclamos de Bogotá - Ecopetrol, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de ECOPETROL SA.

**TERCERO: DEVUÉLVASE** el expediente en su oportunidad, al Comité de Reclamos de Bogotá, una vez ejecutoriada esta providencia.

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de un (1) SMMLV, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



**LORENZO TORRES RUSSY**