

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-002-2020-00039-01
<b>DEMANDANTE:</b>	JOSÉ ANTONIO SUÁREZ BARRAZA
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y Consulta sentencia del 30 de marzo de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Ineficacia traslado
<b>DECISIÓN:</b>	ADICIONA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por SKANDIA y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente la sentencia del 30 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ ANTONIO SUÁREZ BARRAZA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR S.A.** y la **AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS**, al cual fue vinculada como llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** con radicado No. **11001-31-05-002-2020-00039-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., así como la vinculación efectuada a la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 10 de marzo de 2.018, declarando además que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES, todo ello por omisión en el deber de información por parte de la AFP primigenia. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la AFP SKANDIA a trasladar la totalidad de sus aportes realizados y sus rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, sin descontar valor alguno por gastos de administración o cualquier otra erogación; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que el monto de la pensión que percibirá en la AFP SKANDIA, es inferior al valor de la pensión a la que tendría derecho en COLPENSIONES; en consecuencia, condenar a dicha administradora de pensiones pagar la diferencia de la pensión a que haya lugar entre la pensión que se calcule en el fondo privado en la modalidad de renta vitalicia y la pensión a la que tendría derecho en el RPM administrado por Colpensiones; ordenar el cálculo del valor de las diferencias a que haya lugar a partir de las liquidaciones de pensión presentadas en el *libelo demandatorio*, suma que se estima en más de \$1.000.000.000, teniendo en cuenta su expectativa de vida y el valor de la diferencia en la cuantía pensional presentada.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 27 de febrero de 1.961, motivo por el cual cuenta con 58 años. Que estuvo vinculado al ISS hoy Colpensiones desde el 23 de julio de 1.985 hasta el 1º de mayo de 1.995. Que en el mes de junio de 1.995 diligenció formulario de vinculación a la AFP Porvenir, sin recibir ninguna clase de asesoría especializada por parte de un experto, en la que se demostraran las diferencias entre los regímenes existentes, mostrándole las ventajas y desventajas de la decisión que estaba tomando. Que para la celebración del acto jurídico únicamente se le manifestó que le era más conveniente trasladarse al RAIS, ante la inminente desaparición del ISS y porque

---

<sup>1</sup> Páginas 4 a 26 Archivo 01 Expediente Digital

su pensión tendría un mayor valor. Que no se le presentaron escenarios comparativos de su mesada pensional entre los dos regímenes existentes, ni tampoco proyecciones del capital que debía acumular para lograr una pensión acorde a sus ingresos, a pesar de contar con la información necesaria para realizar dichas proyecciones. Que al afiliarse a la administradora de pensiones, no lo hizo de manera libre, autónoma y consciente, pues la asesora no le brindó información oportuna, suficiente, veraz y especializada que le llevara a concluir que la decisión que estaba tomando era la mejor para su futuro pensional. Que en el año 2018 se trasladó a la AFP Old Mutual hoy Skandia.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la vinculación efectuada por la activa fue libre e informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP de manera suficiente y necesaria para su afiliación al RAIS.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe<sup>2</sup>.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que su traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y por tanto, no procedería el traslado de régimen pensional, de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003.

---

<sup>2</sup> Páginas 2 a 32 Archivo 12 Expediente Digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica<sup>3</sup>.

La demandada **AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el demandante fue debidamente asesorado frente a las condiciones beneficiosas para lograr una pensión de manera anticipada, dándosele a conocer además, los parámetros legales de pertenecer al RAIS, generando como respuesta su deseo e interés de afiliarse a este nuevo sistema.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Actos de relacionamiento, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal-falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro-gastos de administración, buena fe y la genérica<sup>4</sup>.

La llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, se opuso frente a las excepciones formuladas contra Skandia y el llamamiento en garantía, aduciendo para el efecto que la selección de la AFP y el traslado horizontal entre ellas, son actos libres y voluntarios del afiliado que se dan en el ámbito de la autonomía de la voluntad, el demandante tomó la decisión de elegir no solo el régimen pensional, sino la AFP en la que quería estar. Añadió que el único objeto del seguro previsional contratado con la aseguradora es que en caso de realizarse el riesgo, se impone para esta el pago de la suma adicional para

---

<sup>3</sup> Páginas 3 a 48 Archivo 06 Expediente Digital

<sup>4</sup> Páginas 3 a 21 Archivo 13 Expediente Digital.

completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez y sobreviviente, de conformidad con los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: El acto jurídico de afiliación al RAIS y los de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “*autonomía de la voluntad*”, sin estar mediada y/o determinada por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o invalidación del acto jurídico de afiliación del demandante a “*Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.*”, legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el período de carencia, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP SKANDIA carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE, MAPFRE no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y la genérica<sup>5</sup>.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 30 de mayo de 1995 y consecuentemente el traslado horizontal realizado a Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A.; condenó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia a Colpensiones, todos los valores que

---

<sup>5</sup> Páginas 2 a 26 Archivo 18 Expediente Digital

hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento alguno, o deterioros por el bien administrado; ordenó a Colpensiones a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante al RPM el 22 de julio de 1985, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas a favor del actor y a Skandia a favor de Mapfre.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Añadió que la ineficacia de traslado se declara con ocasión a una conducta indebida de las administradoras de pensiones por el incumplimiento a su deber de información, por manera que la devolución de los gastos de administración se ordena con cargo a sus propios patrimonios, sin que por ello se deba ver afectado un tercero como es la aseguradora Mapfre, vinculada en condición de llamada en garantía, lo cual ha sido expresado por la Corte Suprema de Justicia.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de retorno de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por cuanto está a 10 años o menos de cumplir la edad mínima de pensión, al nacer el 17 de febrero del año 1961. Señaló que en el caso no existe prueba de la existencia de un vicio en el consentimiento, conforme al artículo 1740 del CC, por el contrario, en su interrogatorio de parte expresó que no fue coaccionado para celebrar el acto jurídico de traslado. Añadió que el actor realizó su traslado en el año 1995 y

efectuó traslados horizontales, decidiendo elegir este régimen para consolidar su derecho a la pensión de vejez, acotando que la omisión en el deber de información no lo exoneraba de ilustrarse sobre la escogencia de régimen pensional, del cual dependerían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la misma.

Indicó que el deber de información solo se materializó con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2061 de 2015, por lo cual los fondos cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y el asentimiento del afiliado respecto del traslado, pues las leyes que surgieron entre los años 1993 y 2014 no exigían nada distinto a dicho documento. Señaló que la declaratoria injustificada de la ineficacia de traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema y afecta el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Concluyó que en todo caso se debe condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a la devolución efectiva de los dineros ordenados por la AFP y revocar la condena en costas al no ser participe del acto jurídico de traslado.

La **AFP SKANFIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que no es procedente la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, teniendo en cuenta que conforme al párrafo final del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, un 3% de la cotización se destinará a los gastos de administración, la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes. Agregó que cuando el demandante se vinculó con la AFP se generaron unos gastos de administración y un pago para la prima de dichos seguros, todo ello con el fin de garantizar la debida administración de la cuenta de ahorro individual, mediante las comisiones, a fin de generar unos rendimientos a favor de la activa, de manera que el fallo desconoce la teoría de las restituciones mutuas, por lo que le corresponde al juez hacer una ponderación y un estudio objetivo de la misma, así como de la buena fe con la cual ha actuado Skandia Pensiones y Cesantías durante todas las etapas de la relación contractual que ha sostenido con el actora, por lo que no resulta razonable ordenarle la devolución de unos recursos ya utilizados en beneficio de la activa.

Dijo que el actor ha gozado de la cobertura que le ofrecen los seguros de invalidez y sobrevivencia y por ello, no es dable tampoco retornar la prima pagada para el efecto, máxime que no ha sido administrada por la AFP. Trajo a colación la circular emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia en el año

2004, en la cual se indicó que en tratándose de la ineficacia de la afiliación, los únicos valores a retornar corresponden a los aportes, rendimientos financieros y el porcentaje de garantía de pensión mínima. Finalmente, dijo que debe analizarse la viabilidad de que los seguros previsionales sean asumidos por la llamada en garantía y no por Skandia

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JOSÉ ANTONIO SUÁREZ BARRAZA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

### **CONSIDERACIONES**

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

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (Página 52 archivo 12), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante la **AFP OLD MUTUAL** hoy **SKANDIA** (Página 31 archivo 01), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que cuando trabajaba en Alpina fue reunido por unos

vendedores de la AFP Porvenir, quienes le indicaron que era conveniente su afiliación a dicha sociedad, porque el Seguro Social iba a desaparecer, además, que la AFP era una empresa, más segura y confiable (Min. 26:31 a 51:17 archivo 25 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP SKANDIA durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...)”*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP SKANDIA trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de

garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes; sin embargo, se observa que se omitió disponer que estos últimos valores a devolver por concepto de sumas descontadas por las AFP, deben ser trasladados debidamente indexados igualmente por la AFP PORVENIR S.A. y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a dicha administradora del RAIS, por manera que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de adicionarse la sentencia opugnada sobre este aspecto, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Adicionalmente, ha de indicarse que tales obligaciones, en el caso de Skandia S.A., deben ser asumidas en su totalidad por la mencionada AFP, puesto que en el presente caso no es procedente condenar a Mapfre, vinculada al trámite en condición de llamada en garantía, porque la póliza suscrita con la mencionada aseguradora solo cubre la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de una pensión cuando ocurre la muerte o invalidez del afiliado; aunado a que la ineficacia del traslado de régimen se dio como consecuencia del incumplimiento al deber de información que radica única y exclusivamente en cabeza de las AFP, por lo que esos conceptos son condenados con cargo a sus propios recursos, como ya se anotó.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades*

*constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».*

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión de la Juez a quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos, sin que sea necesario condicionar el cumplimiento de la sentencia como así lo petitiona Colpensiones, pues lógicamente esta entidad, sólo podrá efectuar todos los trámites relativos a la afiliación y actualización de la historia laboral de la activa, hasta tanto reciba los dineros provenientes de las AFP convocadas. Costas en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

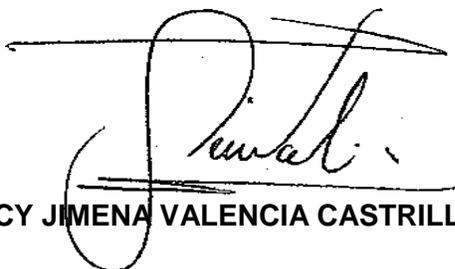
**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia del 30 de marzo 2023, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima descontados al convocante durante la afiliación a dicha AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

  
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

  
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-002-2019-00584-01
<b>DEMANDANTE:</b>	GLORIA CECILIA OROZCO ROLDÁN
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y las AFP SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta sentencia del 26 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Seguridad social
<b>DECISIÓN:</b>	ADICIONAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas SKANDIA S.A y COLPENSIONES y para revisar en consulta en su favor, la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GLORIA CECILIA OROZCO ROLDÁN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y las **AFP SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-002-2019-00584-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

<sup>1</sup> Archivo 1 fs.1-14 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen de la accionante por lo que siempre ha permanecido afiliada al RPM; se condene a la AFP SKANDIA S.A. a aceptar el traslado de la demandante al RPM y a trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales y rendimientos aplicados a la cuenta pensional de la demandante; se condene a COLPENSIONES a aceptar la vinculación de la demandante en el RPM y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó, en síntesis, que nació el 26 de mayo de 1968 e inicialmente estuvo afiliada al ISS desde el 9 de septiembre de 1991 hasta el 6 de marzo de 1997 cuando se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN y posteriormente a partir del 4 de enero de 2002 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, sin recibir la asesoría necesaria para tomar una decisión informada.

Afirma que en total ha cotizado 1279 semanas y que el 26 de abril de 2019 radicó petición ante las demandadas solicitando copia del formulario de afiliación y de las variables que se tuvieron en cuenta para determinar el valor de su mesada pensional en la proyección que les correspondía realizar y solicitando declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, lo que fue resuelto en forma negativa, con lo que se agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante y manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La demandada AFP PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda.

---

<sup>2</sup> Archivos 5,6 y 7 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al RAIS, así como los relacionados con la prueba documental allegada. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás y propuso como excepciones de fondo las de Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

La AFP SKANDIA al contestar la demanda se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, aceptó parcialmente los hechos relacionados con el traslado de régimen y manifestó que no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen debido a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de éste proceso no son iguales o similares ni parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de abril de 2023 (archivo 21), declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la demandante a los fondos demandados el 9 de diciembre de 1997 y el 4 de enero de 2002; declaró que para todos los efectos legales la actora se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES. Ordenó a SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES los dineros recibidos por concepto de cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima en un término de 45 días y a COLPENSIONES a recibir los mencionados valores. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condeno en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, indicó que se encuentra agotada la reclamación administrativa y que el deber de información existía desde la creación del RAIS, señalando las diferentes etapas que han existido al respecto y que conforme a la jurisprudencia le correspondía a la AFP demostrar el haber suministrado la información necesaria, ya que no bastaba con la firma del formulario

de afiliación, única prueba allegada por las AFP demandadas. Frente al interrogatorio de parte que absolvió la demandada indicó que la actora realizó su traslado ante un nuevo empleador en su caso PROTECCIÓN S.A., sin recibir información y el fondo, además de haber sido su empleador no aportó prueba de las capacitaciones que le brindaron, por lo que no podía tenerse como una confesión de su parte respecto a la información que debía suministrarle previo al traslado de régimen, por lo que accedió a declarar la ineficacia del traslado realizada por la demandante y ordenó la devolución de las cotizaciones, rendimientos y descuentos para garantía de pensión mínima gastos de administración y seguros previsionales y condenó en costas a las demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

PROTECCIÓN S.A. no interpuso recurso.

SKANDIA S.A. solicita se revoque la decisión por cuanto considera que conforme al material probatorio recaudado se probó que efectivamente la demandante al ser trabajadora de PROTECCIÓN S.A. era una persona capacitada en el tema por lo que se trataba de un afiliado no lego y cuando se trasladó a SKANDIA conocía los requisitos para pensionarse en el RAIS y la forma en que se otorgaba la mesada pensional. Y en caso de que sea confirmada la decisión solicita se absuelva de la condena a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales en cuanto a que se generaron conforme a la ley lo que ocasionaría un perjuicio económico a la AFP.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque la decisión por considerar que existió una indebida valoración probatoria pues además de la documental existen indicios y la confesión de la demandada, por lo que se debió valorar la prueba de manera conjunta. La demandante busca parcializar la información para obtener ventajas al manifestar que no recuerda la información suministrada, cuando tenía pleno conocimiento de ello. Que no existe posibilidad de dar a conocer a los afiliados las ventajas y desventajas del régimen pues cada uno es diferente y subsisten simultáneamente y en este caso se le suministró a la demandante la información requerida; además, de afectar todo el sistema del RPM.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no

constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **GLORIA CECILIA OROZCO ROLDÁN** al régimen de ahorro individual administrado por las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A, y SKANDIA S.A. junto con las consecuencias propias que de ello se derivan, entre ellas, la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales.

## CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los

cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones demandado, quien dio la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quien, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la parte demandante, lo que en este caso no cumplió la AFP demandada.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A. el 9 de diciembre de 1997 (f. 21 archivo 06 y a SKANDIA S.A. el 4 de enero de 2002 f. 35 archivo 5) única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en

el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió por primera vez el demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, máxime cuando en este caso por ser PROTECCIÓN S.A. su empleadora, podía aportar la documental relacionada con la capacitación que le había suministrado cuando ingresó a laborar como Directora Comercial, según el formulario de afiliación y la fecha en que la había capacitado así como los temas que fueron parte de la capacitación, lo que no hizo en el presente caso, no obstante que la prueba estaba en su poder.

Del interrogatorio de la demandante **GLORIA CECILIA OROZCO ROLDÁN** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues ella manifestó que: “se afilió a Protección S.A. porque hizo cambio de empleador y diligenció el formulario que le presentaron en ese momento en la oficina. Primero se hizo todo el proceso de ingreso, no recibió ninguna asesoría, no se dio presión por parte de su empleador, sino que firmó de manera voluntaria porque se trataba de una novedad y se hablaba muy bien en ese momento de los Fondos. No tenía mucho conocimiento del tema, aunque conocía que se podía pensionar a cualquier edad y podía rentar mejor, pero no le dieron información en ese momento, sino que lo conoció de manera general. No recuerda cuantas capacitaciones recibió después de su ingreso, pero no recuerda que le dieran información sobre el régimen de transición y no ha realizado aportes voluntarios, no conocía los requisitos para

*pensionarse en el RPM. En ese momento empezaba a trabajar con PROTECCIÓN en el área comercial, después de ingresar le dieron capacitaciones comerciales, no se trasladó del fondo porque era lo ético porque finalmente laboraba ahí. Ella diligenció el formulario, la información era la básica. Vivió muchos años fuera del país y ahora ha entendido muchas cosas que antes no entendía. En el momento en que podía tomar la decisión de trasladarse no estaba en el país y no conocía qué era lo mejor para ella. Respecto al traslado de PROTECCIÓN S.A. a SKANDIA S.A. dijo que para entonces laboraba con una agencia de SKANDIA y conocía de diferentes rentabilidades de los fondos y se dio el traslado porque en ese momento SKANDIA tenía mejores rentabilidades; no tuvo asesoría, pero cree que la decisión se tomaba más adelante y para ese momento lo que tenía que buscar era rentabilidad, pero se quedó porque en ese momento le dijeron que funcionaban igual para invalidez y sobrevivencia y después se fue del país y regresó a los 50 años. No sabe cuál era la edad para redimir el bono pensional y la información al respecto no la hubo. (Min. 17:20 audio archivo 20).*

De la declaración anterior no puede decirse que existió confesión como lo pretenden las recurrentes, toda vez que la actora suscribió el formulario de afiliación al momento de entrar a laborar con PROTECCIÓN S.A. y si bien la demandada le suministró capacitación con posterioridad, no fue acreditado en el proceso la debida diligencia en ella, pues aunque la demandante aceptó haberla recibido, esta fue para su trabajo como Directora Comercial según el formulario de afiliación y, en igual condición se trasladó a SKANDIA, cuando laboraba para una agencia de esta AFP donde según su dicho se dijo que los dos regímenes funcionaban igual para invalidez y sobrevivientes, lo que permite concluir que la información suministrada no fue clara ni completa y mucho menos oportuna. Así las cosas, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución del afiliado demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte demandante.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el

carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, se revisa la decisión en atención al grado jurisdiccional de consulta, para lo que se tiene en cuenta que estos deben hacerse debidamente indexados. Al respecto, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos, aunque esto no hubiera sido solicitado por la demandante y no obstante que el capital produjera rendimientos o que se diera la cobertura de los seguros previsionales.

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(…) 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. (…).”*

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación No. 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado

al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negrillas fuera de texto).

Respecto a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, debe adicionarse la sentencia de primera instancia, únicamente en cuando a la indexación de las sumas que deben cancelarse a COLPENSIONES por concepto de los descuentos por gastos de administración, primas de seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas y se confirmará en lo demás.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo** de la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a ordenar **la indexación** de los valores a cancelar a COLPENSIONES por concepto de gastos de administración, garantía de pensión mínima y seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

  
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

  
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-008-2020-00103-01
<b>DEMANDANTE:</b>	CARLOS ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP SKANDIA S. A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta sentencia del 13 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Seguridad social
<b>DECISIÓN:</b>	ADICIONAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES y para revisar en consulta en su favor, la sentencia del 13 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP SKANDIA S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-008-2020-00103-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La parte promotora de la acción formula como pretensiones que se declare que la AFP SKANDIA S.A. incumplió con su deber legal de información y en consecuencia solicita se declare ineficaz la afiliación del actor al RAIS y se declare que nunca se trasladó de régimen.

Solicita se condene a SKANDIA S.A. a registrar la ineficacia de la afiliación del actor y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital existente en la cuenta de ahorro individual del actor, bonos, títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades sin aplicar ningún descuento. Se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPM y a recibir la totalidad de los dineros; se condene a lo que ultra y extra petita resulte probado y al pago de las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el actor se afilió a COLPENSIONES el 30 de octubre de 1985 y posteriormente a CAJANAL desde julio de 1986 hasta el 30 de abril de 1996, cotizando en total 507 semanas.

El 23 de abril de 1996 se trasladó a la AFP SKANDIA S.A. dado que donde laboraba se presentó un asesor comercial del fondo que le aseguró que con el traslado obtendría una mejor pensión que la que le correspondería en COLPENSIONES, pues en el ISS el manejo de los recursos no era el adecuado, por lo que permanecer allí podría en riesgo su pensión. Que omitió brindarle una información oportuna y pertinente para prever las consecuencias del traslado de régimen, por lo que solicitó el día 7 de noviembre de 2019 a la AFP SKANDIA S.A. anular la afiliación y a COLPENSIONES presentó la misma solicitud el día 5 de noviembre de 2019.

Que de acuerdo con la proyección pensional, en COLPENSIONES le correspondería una pensión de \$9.320.000 mientras que en el fondo privado le correspondería una mesada de \$4.444.000.

---

<sup>1</sup> Archivo 4.fs. 2-18 Expediente Digital

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, las declarables de oficio, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La demandada AFP SKANDIA S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las todas las pretensiones. Manifestó que son ciertos los hechos relacionados con las afiliaciones y las reclamaciones y que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de abril de 2023 (archivo 18), declaró la ineficacia del traslado del actor del RPM al RAIS efectuado por el demandante al fondo demandado y condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del afiliado al RPM. Condenó a la AFP SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor incluyendo los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de costos de administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses. Condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva SKANDI y a efectuar los ajustes en la historia laboral del actor y condenó a SKANDIA al pago de las costas del proceso.

Como fundamentos de su decisión, tuvo en cuenta la línea jurisprudencia e indicó que la obligación de dar asesoría e información al afiliado existía desde el momento en que se creó el régimen de ahorro individual con la expedición de la Ley 100 de 1993 y acorde con la jurisprudencia, la carga de la prueba se encontraba en cabeza de las AFP demandadas, para lo que no se allegó otra

---

<sup>2</sup> Archivos 2 fs. 27. Archivo 3 f.47 y ss Expediente Digital

prueba que el formulario de afiliación, lo que no acredita la información dada al afiliado, pues el actor manifestó que fue una reunión grupal con información comercial en la que no le informaron los requisitos que debía cumplir para obtener la pensión, por lo que consideró que existió una conducta omisiva por parte del fondo y por tanto no existió consentimiento informado del afiliado y en consecuencia, el traslado no podía producir efecto alguno.

Acorde con lo anterior, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPM al RAIS, y declaró que el actor estuvo siempre afiliado al RPM. Ordenó al fondo demandado trasladar a COLPENSIONES los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, los cuales deben devolverse a COLPENSIONES debidamente indexados y condenó en costas al fondo demandado.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación argumentando que se debe revocar la sentencia pues el traslado tiene plena validez como se demostró en el interrogatorio de parte, conforme al cual el actor efectuó el traslado de manera libre y voluntaria y se le suministro asesoría clara y precisa. Que al demandante le faltan menos de 10 años para trasladarse de régimen por lo que existe una prohibición legal y no se evidencia vicio de consentimiento, ya que no fue obligado ni se ejerció presión y no hay prueba del dolo por parte del asesor ya que de alegarse que la AFP mediante maniobras engañosas efectuó el traslado de régimen del actor le correspondía a este desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones. Además, solicita se revoque la condena en costas atendiendo que su representada actuó de buena fe.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones Legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **CARLOS ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP SKANDIA S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan, entre ellas la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

## CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten

confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones demandado, quien dio la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante, lo que en este caso no cumplieron las AFP demandadas.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **SKANDIA S.A. el 23 de septiembre de 1996** (f. 28 archivo1) **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de

la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió por primera vez el demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Del interrogatorio del demandante **CARLOS ARTURO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó respecto a las circunstancias en que se dio el traslado de régimen que: “en 1996 donde trabajaba fueron citados los empleados a una reunión general y un asesor de PENSIONAR, les dio la información que el RPM tenía serio riesgo de que fuera liquidado y de perder las semanas de cotización realizadas, por lo que si se afiliaba al fondo, le sería garantizado el cuidado de sus semanas, las que tendrían rendimientos y le daría una pensión mejor que la que le darían donde estaba afiliado (CAJANAL) y ellos, todos, firmaron un formato muy simple. Respecto a los rendimientos no le dieron información como tampoco sobre la cuenta de ahorro individual o la posibilidad de pensionarse anticipadamente ni lo que sucedería a su fallecimiento. No corroboró la información que le brindaron. Que presenta la demanda porque considera que no tuvo la información necesaria para saber que era bueno y que era malo del RAIS. Pasó un derecho de petición en el 2019 donde le dieron respuesta informando que la mesada pensional sería de \$4.300 y con COLPENSIONES una mesada de más del doble” (Min. 11.30 audio audiencia archivo 28).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución del demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que

cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima “debidamente indexados”, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos.

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(…) 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. (...)*”

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

*También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación N° 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negritas fuera de texto).*

Respecto a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante lo que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Por último, revisada en consulta la sentencia esta debe adicionarse en el sentido de indicar que SKANDIA S.A. debe devolver a COLPENSIONES debidamente indexados y adicional a los gastos de administración, los gastos correspondientes a primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, con cargo a su propio peculio.

No se analiza la condena en costas de primera instancia que fue objeto de apelación por cuanto dicha condena no se impuso a COLPENSIONES. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por cuanto no prosperaron los recursos interpuestos. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

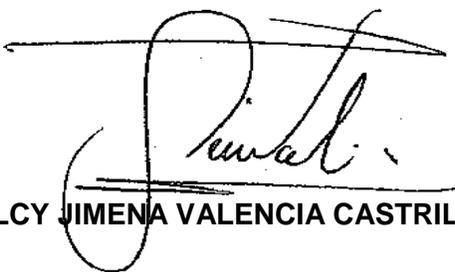
**RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia de fecha trece (13) de abril de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que SKANDIA S.A. debe devolver a COLPENSIONES debidamente indexados y adicional a los gastos de administración, los gastos correspondientes a primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, con cargo a su propio peculio, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

  
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

  
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-009-2020-00402-01
<b>DEMANDANTE:</b>	MATILDE NITIA AVENDAÑO ROMERO
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y Consulta sentencia del 8 de marzo de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Ineficacia traslado
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por las DEMANDADAS contra la sentencia del 8 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MATILDE NITIA AVENDAÑO ROMERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-009-2020-00402-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y bonos pensionales; ordenar a Colpensiones realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular su traslado al RAIS, así como recibirla como afilada, sin solución de continuidad; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de diciembre de 1957. Que el 28 de mayo de 2001 se trasladó del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), a través de la AFP PORVENIR S.A., sin que tal decisión estuviere precedida de la suficiente ilustración sobre las ventajas y desventajas de pertenecer al nuevo régimen pensional, por lo que misma no existió consentimiento, libertad y voluntariedad. Que tal acto jurídico se destacó por la indebida y nula información por parte de la AFP demandada, quien tampoco le indicó que desde el 21 de diciembre de 2004 se encontraría en imposibilidad para trasladarse de régimen nuevamente. Que ha cotizado un total de 1.183 semanas, además, al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, tenía 750 semanas de cotización.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la vinculación efectuada por la activa fue libre e informada, luego de que recibiera información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del régimen de ahorro

---

<sup>1</sup> Páginas 30 a 38 Archivo 01 Expediente Digital

individual con solidaridad, también se mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la determinación de suscribir el formulario de afiliación N°01567647 del 28 de mayo de 2001, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada, de conformidad con el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos del artículo de la misma norma, los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo 54 del CPT y la SS.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada<sup>2</sup>.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la actora se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, además, si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuaron el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos, como de la documental allegada dentro del acervo probatorio, no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación, que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho

---

<sup>2</sup> Páginas 1 a 22 Archivo 13 Expediente Digital.

reclamado, prescripción, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la genérica<sup>3</sup>.

**EL MINISTERIO PÚBLICO** en su intervención, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda, conforme a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia<sup>4</sup>.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 8 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP PORVENIR S.A. el 28 de mayo de 2001; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno; condenó a Colpensiones a recibir de PORVENIR S.A., 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; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

---

<sup>3</sup> Páginas 1 a 19 Archivo 04 Expediente Digital

<sup>4</sup> Archivo 08 Expediente Digital

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que si bien no se formuló dentro de la etapa legal correspondiente la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa, lo cierto es que debe revocarse la decisión proferida por el A quo, toda vez que la falta de competencia genera una irregularidad insaneable, como lo ha sustentado la CSJ en sentencia SL8603-2015, pues mientras no se haya agotado dicho trámite, el juez no adquiere competencia para conocer del asunto. Por otro lado, dijo sobre el traslado de régimen pensional, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal prevista en la ley para retronar al RPM, y tampoco demostró ningún vicio que permita soportar la nulidad del acto de traslado. Añadió que con la decisión de primer grado se desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, porque con los aportes de la demandante no se podrían cubrir los gastos que le generarían a la entidad el reconocimiento de la pensión, afectando las prestaciones de los otros afiliados que siempre han permanecido en el RPM.

La **AFP PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que el precedente existente sobre la materia no deben aplicarse de manera objetiva, sino que debe analizarse cada caso en concreto, y es por ello que, no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, dado que conforme al inciso 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de la cotización a financiar gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivencia, denotando que no forman parte integral de la pensión de vejez y por ende, están sujetos a la prescripción. Agregó que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó expresamente en el año 2020 que en los eventos en los que procede la ineficacia de traslado, las únicas sumas a retronar son los aportes que reposan en la cuenta del afiliado, sin incluir la prima de seguro previsional, en consideración a que la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza; tampoco deben retronarse los gastos de administración, resaltando que en todo caso, debe aplicarse la excepción de prescripción sobre los emolumentos en referencia.

Manifestó que conforme a lo expuesto por el Tribunal Superior de Cali, la indexación no tiene lugar en estos casos, toda vez que con el traslado de

los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda, que se hubiere generado en los emolumentos a retornar, siendo lo propio, la revocatoria de la condena relativa a esa actualización.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero: si en el presente asunto se configura una irregularidad insaneable, al existir falta de competencia del juzgado para conocer del asunto, por no agotarse la reclamación administrativa; segundo: determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MATILDE NITIA AVENDAÑO ROMERO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

### **CONSIDERACIONES**

#### **FALTA DE COMPETENCIA POR NO AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA**

Sobre este aspecto, ha de referir la Sala que el planteamiento formulado por Colpensiones en su alzada sobre la falta de agotamiento de la reclamación

administrativa resulta extemporáneo, toda vez que tal circunstancia debió alegarla como excepción previa en su contestación de demanda, sin embargo, como ello no fue propuesto por la encartada, tal anomalía quedó saneada, conforme lo ha indicado de manera reiterada la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL2150-2021.

No siendo por tanto atendible la queja de la demandada, quien se equivoca al aducir que se ha configurado una irregularidad insaneable, como quiera que la falta de competencia por factores distintos al subjetivo o funcional, es prorrogable cuando no se reclama en tiempo.

Así las cosas, no se atiende el llamado sobre la falta de competencia que alega Colpensiones con sustento en la falta de agotamiento de la reclamación administrativa.

### **INEFICACIA TRASLADO**

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y

experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PORVENIR, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** (Página 18 archivo 01), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la

pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que una señora vino a su lugar de trabajo diciendo que *“venía recomendada por un compañero de la regional Bolívar”* y reunió a varios trabajadores, alrededor de 6, para ofrecerles el traslado de su afiliación del ISS a la AFP Porvenir, para lo cual les habló de una mejor pensión y les recalcó que el Seguro Social estaba por *“terminarse”*. Agregó que firmó el formulario de afiliación, más no la carta en la que decía que era beneficiaria del régimen de transición y aun así deseaba trasladarse a los fondos privados. Que no le explicaron los beneficios del RAIS, ni le informaron sobre los requisitos necesarios para adquirir una mejor pensión, menos aún le hablaron de una cuenta de ahorro, rendimientos financieros, devolución de saldos, ni garantía de pensión mínima (Min. 15:46 a 26:33 archivo 17 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...).”*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y, que además, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por

el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por la AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretende hacer ver la AFP recurrente, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.”

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dada el resultado de la alzada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

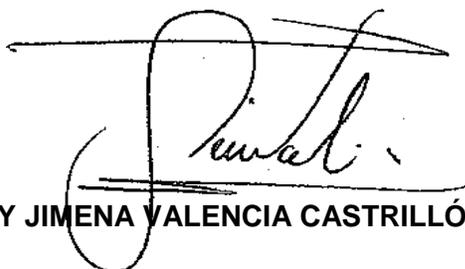
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 8 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Noveno (9º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-009-2022-00074-01
<b>DEMANDANTE:</b>	EDILSA NIEBLES THOMAS
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta sentencia del 6 de marzo de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Seguridad social
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES y para revisar en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **EDILSA NIEBLES THOMAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-009-2022-00074-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La parte promotora de la acción formula como pretensiones la declaratoria de la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPM al RAIS en el mes de noviembre de 1995, por no existir falta de información y buen consejo por parte de la AFP PORVENIR S.A.

En consecuencia solicita se ordene a la AFP PORVENIR S.A. retornar a la actora a COLPENSIONES con todos los valores que hubiere recibido por concepto de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los gastos de administración. Se ordene a COLPENSIONES a recibir en el RPM a la demandante sin solución de continuidad, lo que ultra y extra petita resulte probado en el proceso y las costas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 16 de abril de 1966 y cotizó al ISS de enero a noviembre de 1995 donde acumuló 24.86 semanas de cotización. Que en noviembre de 1995 los asesores de la AFP COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional según formulario de afiliación que fue entregado como parte de la reclamación administrativa que presentó, el cual fue diligenciado por el asesor quien le informó que tendría mejores beneficios en el RAIS de los que podría tener en el RPM, pero no le informaron el capital que debía acumular ni los riesgos que tendría el traslado de régimen ni le dieron una asesoría singularizada a cerca de lo que más le convenía o de lo que podría perjudicarle.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las siguientes: No es oponible la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad

---

<sup>1</sup> Archivo 01 fs.172-295 Expediente Digital

<sup>2</sup> Archivos 5 fs. 1-31, archivo 3 fs. 1-36, archivo 06 fs.1-19 Expediente Digital

financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La demandada AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma. Aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación y la reclamación presentada. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la AFP COLFONDOS S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al RAIS y la reclamación presentada. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación del actor a COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la de compensación y pago.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de marzo de 2023 (archivo 13), declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS efectuado por la demandante a PORVENIR S.A. el 13 de mayo de 1997. Condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones recibidas con sus frutos, rendimientos y bonos pensionales así como a devolver los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados y sin que haya lugar a descuento alguno. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración. Comisiones y demás valores que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante durante la vigencia de la afiliación. Condenó a COLPENSIONES a recibir de las AFP

demandadas los valores que le sean trasladados y abonarlos al fondo común que administra y a convalidar la historia laboral de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentos de su decisión, indicó que la responsabilidad de las AFP es de carácter profesional lo que las obligaba a informar no solo las ventajas sino también las desventajas del régimen, para lo que tuvo en cuenta la jurisprudencia en el entendido de que la expresión “libre y voluntaria” presupone el conocimiento claro y objetivo de las consecuencias del traslado, lo cual solo es posible cuando la persona conoce las incidencias que el traslado puede tener frente a sus derechos pensionales. En cuanto a la carga de la prueba, señaló que le correspondía a las AFP acreditar el cumplimiento de la obligación de suministrar la información, lo que no encontró demostrado en el proceso. En cuanto a los traslados horizontales manifestó que no saneaba el incumplimiento del deber de información, pues este debía hacerse al momento del traslado y no con posterioridad. De conformidad con lo expuesto, consideró que era procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado con la consecuente devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus respectivos rendimientos, así como de los gastos de administración, gastos por seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo al peculio del fondo. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que no le asiste derecho a la demandante pues no tuvo mayor interés en indagar sobre la información recibida ni investigar cuál régimen le era más favorable, sino que con la información suministrada tomó libremente la decisión de trasladarse y permanecer en el RAIS. Que el traslado genera una afectación al sistema y que para la fecha en que la actora solicitó el traslado al RPM se encontraba dentro de las prohibiciones de la ley. Que las normas no tienen efectos retroactivos por lo que en esa época no se requería efectuar otra información que la suscripción del documento de afiliación, razones por las que solicita se revoque la decisión de primera instancia.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no

constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **EDILSA NIEBLES THOMAS** al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, en particular la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

## CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los

cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde a los Fondo de Pensiones demandados, quienes dieron la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante y no a éste, como se pretende en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **el fondo de pensiones COLPATRIA el 13 de mayo de 1997, a PORVENIR S.A. el 30 de octubre de 1998 y a HORIZONTE el 9 de octubre de 2006 y el 27 de noviembre de 2007 (fs.37, 38, 39 y 40 archivo 3) única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características

del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, contrario a lo indicado por el recurrente.

Del interrogatorio de la demandante **EDILSA NIEBLES THOMAS** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que *“el traslado se dio en 1997 cuando le dijeron que el ISS se iba a acabar y que el fondo privado les brindaría más beneficios, todo fue verbal, ella no tenía ningún conocimiento y por eso accedió a pasarse al Fondo; no verificó la información que le suministró el asesor y no hizo preguntas, no le hablaron de rendimientos, bono pensional, cuenta de ahorro individual. Se quiere trasladar por la falta de información y que no les dieron un buen consejo lo que le ha afectado porque no le dieron una proyección de su pensión y le dijeron que se podía retirar pero no los requisitos para hacerlo y cree que con el Fondo la pensión no sería mayor al mínimo legal. Ella fue a COLPENSIONES para trasladarse y no la recibieron. En cuanto a los traslados horizontales dijo que lo hizo porque ella no tenía ninguna información. Los asesores fueron al Hospital donde ella trabaja y al momento de la reunión ella no hizo preguntas porque le dijeron que el ISS se iba a acabar. (Min. 26:50 audio archivo 17).*

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada, va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia de la afiliada en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución de la demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, que es objeto del recurso por parte de COLPENSIONES basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos, aunque esto no hubiera sido solicitado por la demandante.

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(…) 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. (...)*

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación n.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.*

Por último, respecto a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en éste caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirmará la decisión de primera instancia

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES por cuanto no prosperó el recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

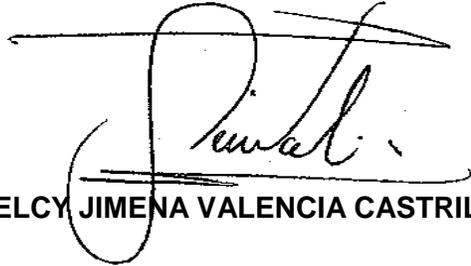
#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha seis (6) de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-009-2021-00061-01
<b>DEMANDANTE:</b>	MIGUEL ÁNGEL ORGANISTA PINZÓN
<b>DEMANDADO:</b>	SERVIINTEGRALES R&R S.A.S.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación sentencia 4 de noviembre de 2022
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Contrato de trabajo
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora **MIGUEL ÁNGEL ORGANISTA PINZÓN** contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MIGUEL ÁNGEL ORGANISTA PINZÓN** contra la sociedad **SERINTEGRALES R&R S.A.S.** con radicado No. **11001-31-05-009-2021-00061-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 17 de enero de 2018 al 24 de octubre de 2020, que terminó sin justa causa por parte del empleador y en consecuencia solicita se condene a la demandada al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses a las cesantías, las primas legales, vacaciones, hora extras laboradas, la devolución de los aportes a pensiones al trabajador, el pago del excedente del salario tomando en cuenta los viáticos, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, la sanción por falta de consignación de las cesantías a un Fondo.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó, en síntesis, que el actor laboró al servicio de la demandada desde el 17 de enero de 2018 hasta el 24 de octubre de 2020, bajo un contrato de prestación de servicios, percibiendo un salario de \$1.000.000 sin incluir los viáticos, realizando la actividad de conductor del camión de placas TSX044 en rutas programadas por la empresa de Bogotá a Sogamoso, El Espinal, Zipaquirá, Puerto Boyacá. Villavicencio y otras ciudades del país.

Que durante la vinculación laboral la demandada no pagó al actor las acreencias laborales correspondientes, ni los aportes a seguridad social, los que eran pagados por el trabajador y fue despedido sin justa causa con el argumento de la venta del vehículo.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La parte demandada SERVINTEGRALES R&R S.A.S. contestó la demanda a través de apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho relacionado con el contrato de prestación de servicios para desarrollar el objeto del contrato en la empresa JLT TRANSPORTES TDA entre el 17 de enero de 2018 y el 24 de octubre de 2020 que no generaba prestaciones y negó o manifestó no constarle los demás. Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción y competencia y

---

<sup>1</sup> Archivo 1 fs. 1-5 subsanación archivo 3 fs. 2-5 Expediente Digital

<sup>2</sup> Archivo 5 fs. 1-7 Expediente Digital

como excepciones de fondo las de falta de título y causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de noviembre de 2022 (archivos 16-17), absolvió a la demandada SERVINGRALES R&R S.A.S. de todas las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones denominadas falta de título y causa para pedir e inexistencia de la obligación y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión manifestó, en síntesis, que se debían acreditar en el proceso los elementos del artículo 23 del CST para que, reunidos estos, se pudiera declarar la existencia de un contrato de trabajo y conforme al artículo 24 se establece que acreditada la prestación del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo, por lo que le corresponde al empleador desvirtuarla para lo que citó la sentencia SL1731 de 2019. Valoradas las pruebas documentales concluyó que no se asignaba turno al vehículo que conducía el demandante y poco aportaban al convencimiento de la existencia de un contrato de trabajo, al igual de que los interrogatorios de parte no se infiere la relación laboral, por lo que absolvió a la demandada de las pretensiones de la demanda, declaró probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la parte actora.

### **APELACIÓN**

La parte demandante interpuso recurso de apelación para lo que argumentó respecto a la presunción del artículo 24 que se encuentra acreditada con la documental aportada y con el interrogatorio de la parte demandada, en el que ella misma, cuando se le pregunta si otra persona podía prestar el servicio, dice que no. Que ellos contrataron directamente al actor y eran quienes tenían una relación comercial con la empresa JLT TRANSPORTADORES quienes le asignaba los turnos al actor, por lo que el actor nada tenía que ver con la relación entre la demandada y JLT TRANSPORTADORES quien no era la que le pagaba al actor, ni le dio órdenes; sino que SERVINGRALES enviaba al actor para que prestara sus servicios allí. Por otro lado, con los contratos de prestación de servicios se está

encubriendo un verdadero contrato laboral y casi siempre tienen un origen en la Ley 80 de 1990.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, y los fundamentos de la apelación se procede a resolver por esta Sala de Decisión, en cumplimiento de sus atribuciones legales, como problema jurídico en el *sub lite*, establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo y si es procedente el pago de las prestaciones correspondientes al tiempo laborado.

### **CONSIDERACIONES**

No ha sido objeto de controversia entre las partes que el actor prestó sus servicios a los demandados, ni el periodo durante el cual prestó sus servicios, lo que se controvierte es que la prestación del servicio se dio mediante contrato de prestación de servicios, sin subordinación y dependencia y que por lo tanto no existió entre las partes una relación laboral.

Al respecto, se tiene que el artículo 24 del CST establece “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”. Así pues, bastaría al trabajador, probar con suficiente rigor la prestación del servicio, para amparar dicha relación bajo las características de un contrato laboral, correspondiéndole al empleador, en consecuencia, desvirtuar su existencia objetando bien sea el tipo de prestación personal de trabajo, o bien,

la existencia de subordinación laboral. Es así, como en el presente asunto, opera la presunción del antedicho artículo 24 CST, por lo cual es obligación de la parte pasiva desvirtuar la existencia de un contrato laboral, cabe recordar que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, por lo tanto, es al empleador a quien le corresponde desvirtuarlo.

En efecto, así lo señaló la CSJ SL en la sentencia SL 2171-2019 y la sentencia SL 225 del 2020, que adujo que la Corte Constitucional al declarar la inexigibilidad del inciso 2° del artículo 2° de la Ley 50 de 1990, indicó: “quien habitualmente preste sus servicios personales remunerados en ejercicio de una profesión liberal o en desarrollo de un contrato civil o comercial, pretenda alegar el carácter laboral de su relación, deberá probar que la subordinación jurídica fue la prevista en el literal b) del artículo 1° de esta ley y no la propia para el cumplimiento de la labor o actividad contratada, estableciendo textualmente: *“Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser éste quien deba demostrar la subordinación jurídica.”*

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Precisado lo anterior, pasa la Sala analizar las pruebas aportadas al proceso a fin de verificar la forma en que se ejecutó el contrato existente entre las partes, esto es, si el actor actuaba con autonomía técnica y directiva, o si por el contrario se encontraba subordinado, toda vez que la presunción establecida en el artículo 24 del CST, se encuentra probada con la aceptación de la prestación del servicio efectuada en la contestación de la demanda, lo que también se corrobora con la certificación expedida por la demandada el

25 de noviembre de 2019 (f. 5 archivo 1) conforme a la cual el señor MIGUEL ÁNGEL ORGANISTA PINZÓN se desempeñó con contrato de prestación de servicios como conductor de la empresa en la operación subcontratada por OLPIMPICA S.A.

La parte actora allegó con la demanda (fs. 13-25) cuentas de cobro mensuales por la prestación de sus servicios y las planillas de pago de aportes a seguridad social y ARL (fs. 26-48) y una relación de los manifiestos sin sello o membrete ni firma alguna y una solicitud de autorización de tránsito para el actor suscrita por el Coordinador de Seguridad Nacional de ULT TRANSPORTES LTDA (f. 65).

Con la contestación de la demanda se aportaron dos contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes en los que acuerda que el actor desempeñará las labores de conductor para el transporte de carga interurbana y en la cláusula segunda se indica “una jornada de trabajo ordinaria de 270 hora mensuales, en las que los tiempos de espera serían imputables, pero no los tiempos de descanso a bordo”. En la cláusula tercera la demandada se compromete a remunerar al contratista con la suma de novecientos mil pesos mensuales” en el primer contrato, y \$1.010.000 en el segundo, que será cancelado mensualmente previa presentación de la cuenta de cobro (cláusula 4ª). Se indica que el contratista actuará por su propia cuenta con absoluta autonomía e independencia y no estará sometido a subordinación laboral con el contratante (cláusula 9) y se manifiesta la exclusión de la relación laboral entre la contratante y el contratista o el personal que éste utilice en la ejecución del objeto del contrato (la cláusula 10).

A folio 13 se observa un acuerdo de pago entre el actor MIGUEL ÁNGEL ORGANISTA PINZÓN y la EMPRESA SERVINTEGRALES R&R S.A.S. de fecha 4 de noviembre de 2020 conforme al cual las partes dan por terminado el contrato de mutuo acuerdo y se cancela una suma de \$5.000.000 por el tiempo en que el actor estuvo vinculado como conductor a la empresa y se declara a paz y salvo a la empresa, documento que se encuentra suscrito por las partes. (fs. 13-14).

En la respuesta dada por JLT TRANSPORTES LTDA de fecha 9 de

septiembre de 2022, la empresa manifestó que no existe programación de turnos para los vehículos que son contratados en la modalidad de encargo para terceros (art. 984 C. Co.) y allega una relación de los manifiestos, sin que de ella se pueda establecer los nombres de los conductores, ni las fechas de viaje o lugar de destino.

En audiencia realizada el 12 de octubre de 2022 se practicó el interrogatorio de parte a la representante legal de la demandada (min. 3:52 archivo 14) quien manifestó que ellos tenían una relación con JLT TRANSPORTADORES para el transporte de carga y JLT asignaba las rutas a los vehículos y los turnos. El actor tenía un contrato de prestación de servicios. El objeto por desarrollar con JLT TRANSPORTADORES era el transporte de mercancía de alimentos de OLIMPICA. Respecto a la jornada de trabajo de 270 horas mensuales, indicó que era un estimado de los turnos, pero que los organizaba JLT, quien se contactaba con el actor si habían turnos y luego les comunicaban a la empresa los manifiestos con los turnos y con eso se realizaba el pago por parte de JLT a la empresa que ella representa y ellos le pagaban los honorarios al actor, si salían turnos él tenía que ir a cumplirlos y si no había carga podía disponer de su tiempo, las rutas eran las que asignaba JLT.

En cuanto a la respuesta dada al juzgado por parte de JLT TRANSPORTES manifestó que la empresa conocía de los turnos y los manifiestos, pero primero llamaban al conductor y luego les informaban a ellos. Sobre la autonomía indicó que el actor hablaba directamente con JLT para cuadrar el turno. Que el contrato terminó porque no había carga suficiente para transportar y tuvieron la necesidad de vender el vehículo. Por último, sobre la bonificación que le dieron al actor a la terminación del vínculo por mutuo acuerdo, dijo que fue algo que se aceptó libre y voluntariamente por el actor.

De las anteriores pruebas no es posible concluir que el actor desarrollara su actividad, como conductor del vehículo de carga de propiedad de la demandada SERVINTEGRALES R&R S.A.S, con autonomía e independencia, puesto que si JLT TRANSPORTES con quien estaba vinculado el vehículo, le asignaba turnos debía transportar la carga al lugar y ruta asignada y si bien primero llamaban al conductor y luego le informaban a

la demandada los turnos y los manifiestos con los que se hacía el cruce de cuentas entre estas empresas; lo cierto es que, al actor se le asignaban las rutas y turnos sin su libre escogencia, por lo que no podía disponer según su conveniencia la forma en que prestaba el servicio o los lugares a donde lo haría.

La carga de la prueba de la falta de subordinación e independencia le correspondía a la parte demandada, quien debió aportar la prueba respecto a que el actor prestaba sus servicios con autonomía e independencia, y en particular en éste caso, que cuando lo llamaban para hacer el transporte él podía disponer libremente la hora a la que recogería la carga, las rutas y ciudades a las que viajaría, así como la carga que transportaría según su conveniencia; y por el contrario, conforme al contrato allegado, se estableció una “jornada de trabajo ordinaria de 270 horas mensuales” y que “los tiempos de espera serían imputables a la jornada, no así los tiempos de descanso a bordo”, lo que implica un control por parte de la empleadora de los horarios en que el actor prestaba sus servicios para contabilizar el cumplimiento de la jornada establecida, lo que se corresponde con las cláusulas 6ª y 7ª del contrato “obligaciones” y “vigilancia del contrato” en las que se indica que “el contratista deberá cumplir en forma eficiente y oportuna los trabajos encomendados y aquellas obligaciones que se generen de acuerdo con la naturaleza del servicios” y que se “supervisaré la ejecución del servicio encomendado”, circunstancias estas que debían ser desvirtuadas por la parte demandada para que no prosperara la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T.

Así las cosas, se procederá a establecer la procedencia de las acreencias laborales que reclama la parte actora, toda vez que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo entre el 1º de marzo de 2018 y el 26 de octubre de 2020 conforme a la documental aporta por la demandada (fs. 9 a 14 archivo 5).

Salario real devengado. - En primer lugar, como la parte actora solicita el pago del excedente conforme al salario real devengado teniendo en cuenta los viáticos, se tiene que revisadas las pruebas respecto a los viáticos percibidos por el actor, se observa que en ninguna de las cuentas de cobro aportadas con la demanda se relacionaron viáticos ni se allegó documento

alguno que los acredite; lo que debía demostrar el actor, máxime si se tiene en cuenta que no se aportó documental respecto a los viajes que realizaba fuera de la ciudad, pues la relación aportada con la demanda no tiene sello, membrete o firma, ni valor de viáticos.

En consecuencia, a efectos de liquidar las prestaciones se tendrá en cuenta el salario de \$950.000 para el año 2018 y de \$1.010.000 para los años 2019 y 2020.

Año 2018, sobre el salario devengado de \$950.000 conforme a las cuentas de cobro

Cesantías	\$791.667
Intereses a las cesantías	\$ 95.000
Primas de servicio	\$791.667

Año 2019 sobre el salario devengado de \$1.010.000

Cesantías	\$1.010.000
Intereses a las cesantías	\$ 121.200
Primas de servicios	\$1,010,000

Año 2020 con el mismo salario de 2019, ya que no se aportó prueba de incremento

Cesantías	\$914.611
Intereses a las cesantías	\$109.753
Primas de servicios	\$914.611
Vacaciones por todo el tiempo laborado	\$1,339,653

Horas extras. - Si bien en el contrato se acordó laborar 270 horas al mes, lo cierto es que no se acreditó en qué año y día se prestaron (2018-2020), como tampoco si fueron nocturnas, diurnas o en días festivos, por lo que no es procedente hacer suposiciones a efecto de practicar su liquidación, razón por la que no se impondrá condena alguna al respecto.

Devolución de los aportes a seguridad social. - Se observa que se incluían en las cuentas de cobro los valores pagados por estos conceptos, por lo que no procede ordenar su devolución al actor.

Indemnización por despido sin justa causa. – Se tiene en cuenta que en el acuerdo suscrito entre las partes el día 4 de noviembre de 2020 que fue allegado con la contestación de la demanda, se acordó que la relación terminaba el 26 de octubre de 2020 de “mutuo acuerdo”, es decir, que no se acreditó el hecho de despido, razón por la que no se impone condena por este concepto.

Respecto las indemnizaciones moratorias establecidas en los artículos 65 del Código Sustantivo de Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, es bien sabido que estas no operan de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador (Sentencia SL.16572-2016), en otras palabras le corresponde al Juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de sus obligaciones laborales, para efectos de determinar la procedencia o no de la misma, es decir, la forma en que se ejecutó la relación de trabajo entre las partes es lo que determina si el empleador actuó desprovisto o no de buena fe, a cita de ejemplo véase las sentencias SL1166-2018, SL1430-2018 y la SL2478-2018.

Es de señalar, que el auxilio de cesantía se hace exigible al momento de la finalización del nexo laboral (sentencia CSJ SL, 24 agosto 2010, rad. 34393), mientras que el de la sanción moratoria nace en los términos del citado numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ello a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para depositar en cada anualidad dicha prestación social, es decir, desde el 15 de febrero del año siguiente al que corresponda las cesantías causadas y que se dejó de consignar, por ende, su exigibilidad emerge desde tal día, puesto que así lo dispone dicha preceptiva legal.

Al respecto, pertinente es recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL, 1º feb. 2011, rad. 35630, reiterada en la decisión CSJ SL2512-2020, cuando sobre el particular precisó:

*“El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de*

1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

“La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

“Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral”. (Subrayas fuera del texto)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a “*obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud* (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45.175)”.

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, para los casos en que realmente se adeuda salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, es la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente se advierta que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al

trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, recordada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

Al respecto la Sala no encuentra motivos plausibles para absolver a la pasiva de la aludida condena, pues la simple creencia de obrar bajo un vínculo diferente al laboral no es suficiente para estimar que el proceder estuvo exento de mala fe, máxime que se demostró que el actor debía estar disponible para la asignación de turnos y la distribución de las rutas que debía cumplir, lo que significa que siempre estuvo bajo una constante subordinación.

En el presente caso, no aflora que la accionada estuviere amparada por la buena fe al sustraerse del pago de las obligaciones laborales, emolumentos que no le fueron cancelados durante toda la relación laboral, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones. En consecuencia, habrá de ordenarse el pago de la suma de \$24.240.000 por la indemnización de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, correspondiente al periodo del 26 de octubre de 2020 hasta el 26 de octubre de 2022. A partir del mes veinticinco, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se haga efectivo el pago.

Ahora bien, como la demandada debió consignar las cesantías año a año durante la ejecución del contrato y no lo hizo, quedó incurso en la sanción del numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990, y debe pagarla por cada año de su omisión, desde el primer momento en que la causó, valga decir, el 15 de febrero de 2019, de la siguiente manera:

Fecha	Salario	Moratoria
De 15/02/2019 a 15/02/2020	\$1.010.000	\$12.120.000
Total		\$12.120.000

Por las cesantías del 15 de febrero de 2020 al 26 de octubre del mismo año, la sanción, como se anticipó, queda incluida en la del artículo 65 CST.

Por lo expuesto, se revocará la sentencia objeto de apelación y en su lugar se declarará la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 1º de marzo de 2018 al 26 de octubre de 2020 y se condenará al

pago de las acreencias antes relacionadas. Costas de ambas instancias a cargo de la parte demandada por cuanto prosperó el recurso interpuesto. Y se fija como agencias en derecho de esta instancia 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de fecha cuatro (4) de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar se **DISPONE DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante **MIGUEL ÁNGEL ORGANISTA PINZÓN** y la demandada **SERVIINTEGRALES R&R S.A.S.** entre el 1º de marzo de 2018 y el 26 de octubre de 2020 conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Como consecuencia del punto anterior **CONDENAR** a la demandada **SERVIINTEGRALES R&R S.A.S.** al pago de las siguientes acreencias laborales por todo el tiempo laborado:

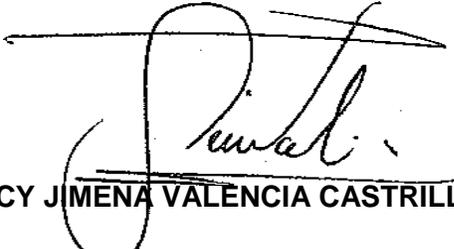
- ✓ Cesantías \$2.716.278
- ✓ Intereses a las cesantías \$ 325.953
- ✓ Primas de servicio \$2.716.278
- ✓ Vacaciones \$1,339,653
- ✓ Indemnización moratoria del artículo 65 del CST: la suma de \$24.240.000 correspondiente al periodo del 26 de octubre de 2020 hasta el 26 de octubre de 2022. A partir del mes veinticinco, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se haga efectivo el pago,
- ✓ Sanción por no consignación de cesantías la suma de \$12.120.000.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO: COSTAS** de ambas instancias a cargo de la parte demandada SERVINTEGRALES R&R S.A.S. por cuanto prosperó el recurso interpuesto. Y se fija como agencias en derecho de esta instancia 1 SMMLV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

  
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

  
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ  
(Aclara voto)

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

### **M. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar de manera parcial mi voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala frente a la forma de calcular la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues sobre este aspecto debió acogerse la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, según la cual *"el trabajador mantiene intacto su derecho a la indemnización moratoria si dentro de los 24 meses siguientes a la ruptura de su nexo contractual reclama por la vía ordinaria el pago de sus acreencias insolutas, toda vez que con ello cumple con el propósito que llevó al Legislador a plantear la reforma, es decir, evitar un reclamo judicial tardío con el fin de recibir una cuantiosa suma de dinero."*

Bajo ese entendimiento, si en el presente caso el demandante presentó la demanda dentro de los 24 meses de finalizada la relación laboral, lo cual aconteció el 1 de febrero de 2021, debió ordenarse a la encartada pagar a favor del demandante el valor correspondiente a un día de salario por cada día de retardo a partir del 27 de octubre de 2020 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta que se efectúe el pago total de las prestaciones sociales adeudadas y no como lo consideró la Sala Mayoritaria que a partir del mes 25 los intereses moratorios sobre el monto dejado de cancelar por dicho concepto, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**Magistrada**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-010-2018-00752-02
<b>DEMANDANTE:</b>	JASBEIDY LILIANA NIÑO CASTILLO
<b>DEMANDADO:</b>	VENTAS Y SERVICIOS S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación Sentencia del 22 de noviembre de 2022
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Estabilidad laboral reforzada
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 22 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JASBEIDY LILIANA NIÑO CASTILLO** contra **VENTAS Y SERVICIOS S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-010-2018-00752-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

La promotora de la acción pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el cual terminó por causa imputable al empleador y mientras se encontraba amparada por el mandato de la estabilidad laboral reforzada; como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización por despido indirecto y las costas del proceso.

<sup>1</sup> Paginas 68 a 73 Archivo 01 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 12 de julio de 2012, suscribió contrato de trabajo con la convocada, para desempeñar el cargo de analista 2 de ventas multicanal, a cambio de un salario de \$700.000, el cual se mantuvo constante durante 16 meses. Que el 16 de noviembre de 2016, fue promovida al cargo de analista 3 multicanal, siéndole incrementado su salario en valor de \$1.300.000, mismo que el 1º de abril de 2016 fue nuevamente incrementado a \$1.448.000. Que la labor encomendada fue ejecutada por ella atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo con el horario de trabajo señalado por este, sin que se llegare a presentar queja o llamado de atención.

De otro lado, dijo que desde la edad de 5 años le fue diagnosticada una enfermedad catastrófica denominada epilepsia focal, la cual se ha controlado con Fenobarbital, siendo de conocimiento de la parte pasiva esa condición, desde la fecha de su contratación. Que desde el año 2014 presentó inconvenientes muy graves en la visión, además, el 27 de enero de 2016, el médico oftalmólogo dentro de sus hallazgos, encontró uveítis bilateral crónica no granulomatosa, desprendimiento de retina secundario OI, pseudofaquia OI, retiro de aceite de silicon OI, epilepsia, alergia a la Carbamacepina, psoriasis cuero cabelludo y antecedentes de sinusitis. Que pese a sus diagnósticos, cumplía con las funciones asignadas por la demandada, sin embargo, debido a las diversas citas de control a las que debía asistir, en varias oportunidades se le manifestó que la empresa necesitaba una “*persona completa*”. Que el 27 de septiembre de 2017, presentó renuncia indicando que sentía discriminada, acosada, vulnerada y perseguida por su condición de salud y mujer.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La pasiva se opuso a las pretensiones de la demanda, excepto al reconocimiento de la relación laboral y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que la actora jamás ha estado amparada por el fuero de estabilidad laboral reforzada, pues a la data en la que presentó su renuncia libre y voluntaria no se encontraba incapacitada, discapacitada, menos aún en trámite de calificación de PCL, que conllevara a una protección especial. Agregó que no concurren los presupuestos legales de la protección que depreca la demandante, toda vez que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una decisión legítima de la activa.

---

<sup>2</sup> Páginas 2 a 33 Archivo 02 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, buena fe, alcance de la Ley 361 de 1.997, mi presentada no le causó perjuicio alguno a la actora, prescripción, falta de competencia para declarar conductas de acoso laboral, caducidad y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 22 de noviembre de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de julio de 2012 y el 25 de septiembre de 2016, en virtud del cual la actora se desempeñó en el cargo de Analista 3 de ventas multicanal, terminado por renuncia de la demandante; declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, y en consecuencia, absolvió a la convocada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; condenó en costas a la demandante.

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la A quo señaló, previa mención de que estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo entre las partes y de hacer alusión a los presupuestos legales y jurisprudenciales para declarar la estabilidad laboral reforzada, que la demandante presentó renuncia motivada al cargo que venía desempeñando, aduciendo en primer lugar, el propósito de la empresa de realizar un cambio en sus funciones que la desmejorarían notablemente, frente a lo cual la falladora de primer grado indicó que la actora está partiendo de un supuesto futuro, sin especificar los cambios a los que sería sometida y, en todo caso, no obra prueba que denotara esas modificaciones, por el contrario, la misma demandante confesó en su interrogatorio que sus funciones no fueron variadas, lo cual fue confirmado por la representante legal de la convocada y los testigos, por manera que no se acredita el hecho de la desmejora aducido por la convocante a juicio.

Agregó que en la carta de renuncia motivada, también señaló la actora como razón del finiquito, que la empresa no la envió a medicina laboral, conforme a orden expedida por su EPS, sin embargo, de su propio dicho en el interrogatorio de parte, es claro que sí fue atendida por esa especialidad, aunado a que ese trámite se encuentra a cargo de su entidad promotora de salud.

Dijo que la demandante también señaló como motivo de su renuncia, sentirse acosada porque su jefe le dijo que se harían cambios en el personal al requerir a una persona que no presentara inconvenientes de salud, ni necesitara permisos para asistir a citas médicas y menos aún tuviere restricciones médicas, sintiéndose discriminada, empero, la propia demandante en su interrogatorio señaló que su jefe el señor Ricardo Barragán le hizo esos comentarios en la oficina, cuando se encontraban solos, siendo claro que no existe prueba que soporte las manifestaciones de la convocante, quien en su carta tampoco especificó circunstancias de tiempo, modo y lugar, relativas a un presunto acoso laboral por parte de su superior.

Concluyó advirtiendo que no se demuestran circunstancias de debilidad manifiesta de la convocante al momento de la renuncia, porque no obra en las diligencias ninguna calificación que dé cuenta de una pérdida funcional en la capacidad laboral de manera definitiva, por el contrario, la demandante en su interrogatorio señaló que estaba desempeñando normalmente sus funciones, pues su afectación de salud no interfería en las mismas, aunado a que no se encontraba incapacitada y no acreditó las recomendaciones laborales que en su declaración dijo le fueron expedidas.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que: *“(...) su señoría yo presento el recurso encaminado a que, si bien es cierto en el acápite de lo anexado, nunca se comprobó, nunca se pudo comprobar, si la señora había recibido periódicamente los exámenes médicos que ordena el sistema de gestión y seguridad en salud en el trabajo, nunca se pudo comprobar, si bien es cierto no se anexó la copia del correo que se envió donde mi cliente manifiesta desde el 2015 las restricciones que tenía emitidas por su EPS, que se dirigieron directamente a recursos humanos, que está la constancia, si bien es cierto eso no se radicó, eso no lo podemos obviar, o sea eso sí existió; de hecho sí hubo presión, ella cumplía un horario extensivo de trabajo, entonces dentro de sus funciones estuvieron recargadas muchas funciones; entonces, no estoy de acuerdo cuando se presenta que no hay una prueba, pues elementos probatorios si hay muchos, lamentablemente usted sabe en este momento que el compañero que fue despedido, los compañeros, nadie quiere entrar en proceso a declarar, entonces es evidente que sí hubo, pruebas hay, su señoría, no estoy de acuerdo (...)”*.

Posteriormente, mediante correo electrónico del 30 de noviembre de 2022, el apoderado de la activa presentó un escrito denominado “**RECURSO DE APELACIÓN Y REPOSICIÓN**”, conforme se observa en el archivo 23 del Expediente Digital, sin

embargo, el mismo no será considerado por la Colegiatura, toda vez que conforme al artículo 66 del CPT y de la SS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado debe formularse en el acto de su notificación, mediante sustentación oral estrictamente necesaria.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar, si se encuentra probado el despido indirecto de la demandante, estando en debilidad manifiesta por sus condiciones de salud, y en consecuencia, si ha de fulminarse condena a su favor, a título de indemnización por despido sin justa causa.

### **CONSIDERACIONES**

No es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, el cual se ejecutó desde el 12 de julio de 2012, en virtud del cual la actora desempeñó como último cargo el de analista 3 de ventas multicanal (Páginas 34 a 42 y 46 Archivo 02 Expediente Digital); **2.** Que la demandante dio por terminado su contrato de trabajo mediante renuncia motivada, la cual fue aceptada por la convocada a juicio, desde el 26 de septiembre de 2016, sin recibir las razones dadas por la actora para el efecto (Páginas 44 a 45 Archivo 02 Expediente Digital); **3.** Que en atención oftalmológica de fecha 27 de agosto de 2015, se deja constancia de los siguientes diagnósticos de la convocante: Uveítis bilateral crónica no granulomatosa, desprendimiento de retina secundario, antecedentes de vitrectomía+ tetinopexia+ aceite de silicon + endilaser, pseudifaquia, retiro de aceite de silicon, epilepsia, alergia a la Carbamacepina,

psoriasis cuero cabelludo y antecedentes de sinusitis (Páginas 23 a 26 Archivo 02 Expediente Digital).

En el presente caso, la demandante insiste en su alzada, que en las diligencias obra suficiente material probatorio para concluir que su renuncia tuvo lugar por causas imputables a la parte empleadora, las cuales se encontraban íntimamente ligadas a su condición de salud, que a su juicio, la ponían en el escenario de la protección prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, misma que delimita la facultad del empleador de terminar el contrato de trabajo en aquellos casos en que el trabajador sufra una limitación, en el sentido que tiene que ser autorizado por el Inspector del Trabajo, pues en caso contrario, la terminación no produce ningún efecto.

Ahora bien, partiendo del supuesto claro que la demandante fue quien terminó el nexo laboral existente entre los comparecientes, procederá la Sala a verificar si en efecto se encuentran demostradas las razones enrostradas a la empleadora por parte de la trabajadora en su renuncia, a efectos de determinar la procedencia de la indemnización por despido sin justa causa, como quiera que su pretensión no está encaminada a lograr la ineficacia del finiquito laboral y el consecuente reintegro.

En ese orden, debe recordar la Sala de Decisión que en la terminación del contrato por despido indirecto, le corresponde al trabajador demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador y, si este último, a su vez, alega los hechos con los cuales pretende justificar su conducta, será indiscutible que a él le corresponde probarlos.

Así, se tiene que en la carta de renuncia presentada por la señora NIÑO CASTILLO, esta indicó a la empresa lo siguiente:

Señores  
Ventas y Servicios  
Ciudad

Respetado señor:

Por medio del presente manifiesto mi decisión irrevocable, de retirarme de la compañía teniendo como último día laborado el 23 de septiembre de 2016 reitero que mi renuncia no es de manera voluntaria, esto es a raíz del cambio que la empresa quiera realizar en mis funciones las cuales desmejorarían notablemente.

Por otra parte la empresa tenía la responsabilidad de enviarme a medicina laboral tal como lo estipula la orden expedida por la Eps, lo cual nunca lo gestionaron al contrario dijeron que eso lo tramitaba la Eps, cuando efectivamente la entidad promotora de salud no tenía nada que ver con el tema.

Como empleado de Ventas y Servicios me sentí acosada y perseguida ya que el jefe me manifestó que los cambios que realizaban eran porque él necesitaba una persona que no estuviera inconvenientes de salud ni permisos para citas médicas, y sin restricciones médicas. Lo cual me hace sentir discriminada e inducida a retirarme de la empresa.

Comedidamente solicito se me entregue la orden para el examen médico de retiro.

Atentamente,

  
JASBEYDI LILIANA NIÑO CASTILLO  
C.C. N° 52849768 DE BOGOT

Sobre dicha renuncia, la empresa demandada manifestó su aceptación desde el 26 de septiembre de 2016, sin embargo, indicó que los argumentos de la demandante eran totalmente rechazados por no encontrarse prueba de ello y por carecer de sustento jurídico (página 45 archivo 02 del Expediente Digital).

Ahora bien, analizado el contenido de la misiva en referencia, es claro que uno de los motivos dados por la convocante para presentar su renuncia, lo fueron los presuntos cambios en sus funciones que le generarían una desmejora, que tal y como lo indicó el Juzgado de Conocimiento, parten de un supuesto futuro, conforme a la redacción efectuada por la convocante, los cuales todo caso, no se advierten si quiera parte de un plan de la empresa demandada, pues no obra prueba de ello en las diligencias, menos aun cuando la propia demandante en su interrogatorio afirmó con claridad que el último cargo que desempeñó fue el de analista 3 de ventas multicanal, mismo que no sufrió ninguna modificación en sus funciones (min. 39:28 a 01:01:01 archivo 20 del ED), lo cual también fue corroborado por la representante legal de la demandada (min. 23:53 a 38:28 archivo 20 del ED), el testigo Robinson Velásquez (min. 01:11:16 a 01:23:57 archivo 20 del ED) y la testigo María Luisa Barrientos Ortega (min. 39:28 a 01:01:01 archivo 20 del ED).

En igual sentido, se observa que la actora adujo en su carta de renuncia la omisión por parte de la demandada de remitirla a Medicina Laboral tal y como lo había ordenado su EPS; frente a ello, ha de indicar la Sala que en efecto, como lo indicó el Juzgado de Conocimiento, el cumplimiento de la orden expedida por la entidad promotora de salud, en cuanto a la remisión de la convocante a valoración por parte de medicina laboral no compete al empleador, sino a la propia EPS, pues la empresa demandada no tiene la naturaleza de institución prestadora de servicios de salud, además, porque las evaluaciones médicas ocupacionales a cargo del empleador, corresponden a las evaluaciones preocupacionales o de pre ingreso, evaluaciones periódicas, evaluación médica pos ocupacional o de egreso y pos incapacidad o por reintegro, conforme a la Resolución 2346 de 2007, las cuales no se indican desconocidas en la referida misiva de la trabajadora.

Con todo, ha de indicarse que tal y como lo resaltó el A quo, la activa confesó en su interrogatorio que la atención por medicina ocupacional le fue realizada por la EPS y que en la misma se le expidieron unas recomendaciones laborales (min. 39:28 a 01:01:01 archivo 20 del ED), las cuales no fueron probadas con los medios de convicción oportunamente solicitados, decretados y practicados en el proceso, pues nótese que si bien la activa allegó unas recomendaciones provenientes de Compensar EPS, lo cierto es que las mismas fueron adosadas a través de un escrito denominado “*RECURSO DE APELACIÓN Y REPOSICIÓN*”, conforme se observa en el archivo 23 del Expediente Digital, que no puede ser considerado por la Sala de Decisión, toda vez que fue inoportuno y posterior a la sentencia de primer grado.

Aunado a lo anterior, se tiene que la demandante también señaló como motivo de su renuncia, el acoso, persecución y discriminación a la que fue sometida por parte de su jefe inmediato, en tanto le indicó que los cambios que se realizarían respecto de ella, se debían a que se necesitaba una persona que no presentara ningún inconveniente de salud, circunstancia que no encuentra ningún respaldo probatorio, como quiera que ningún medio de convicción da cuenta que el jefe de la activa desplegara este tipo de conductas; sobre ello, únicamente informa la accionante en su interrogatorio de parte, al aducir que en algún comité se le dijo que hacia el año 2017 el trabajo sería mucho más demandante y por ello debían retirar al personal con problemas de salud, aunado a que en una reunión con su jefe el señor Ricardo Barragán, sin la presencia de otra persona, este le refirió que necesitaba en el cargo una “*persona completa*”.

De suerte que, las presuntas conductas de acoso aducidas por la convocante no cuentan con ninguna evidencia dentro de las diligencias, pues sobre ello solo obran las manifestaciones emanadas de la misma reclamante en construcción de su prueba, que no pueden ser consideradas por la Sala de Decisión, porque aceptar que ello sea posible, implicaría admitir que las partes de un proceso judicial pueden fabricar sus propias pruebas, lo cual resulta inaceptable.

Puestas así las cosas, encuentra la Sala que los motivaciones expuestas por la demandante en su carta de terminación del nexo laboral no se encuentran acreditadas por esta, pese a que como se señaló, era carga suya su demostración, conforme a las voces del artículo 167 del CGP, de suerte que el Colegiado no puede concluir como lo pretende la demandante que el contrato de trabajo existente entre los comparecientes, fue terminado por causas imputables a la empleadora o por un despido indirecto, circunstancia que a su vez, hace improcedente el reconocimiento de la indemnización deprecada, e inane cualquier consideración en torno al estado de salud de la trabajadora, porque aunque se encuentra probado que esta presentaba distintos diagnósticos que afectaban su condición de salud, no hay lugar a dar paso a la protección que otorga la Ley 361 de 1997, toda vez que el sub judice no concurre el presupuesto esencial para el efecto, esto es, el despido sin justa causa del trabajador, o para el caso, un despido indirecto que, se itera, no se demostró.

Conforme a lo expuesto, habrá de confirmarse la sentencia opugnada, por asistirle razón al Juzgado de Conocimiento. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a la fecha de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

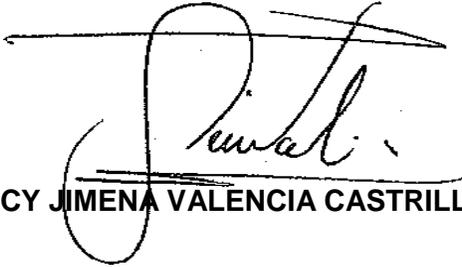
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 22 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

para lo cual se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV a la fecha de su pago.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-010-2021-00043-01
<b>DEMANDANTE:</b>	MYRIAM STELLA CASTAÑEDA UMBARILA
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y Consulta Sentencia del 26 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Ineficacia traslado
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad en todo aquello que no fue objeto de apelación, contra la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MYRIAM STELLA CASTAÑEDA UMBARILA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-010-2021-00043-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). Como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladarla, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados a COLPENSIONES; se ordene a esta última entidad a recibirla como afiliada sin solución de continuidad en el RPM; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 2 de noviembre de 1964, motivo por el cual cuenta con 56 años en la actualidad. Que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 25 de abril de 1.983 hasta el 31 de mayo de 2002. Que el 7 de mayo de 2002 se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN, sin recibir una asesoría profesional, completa, clara, suficiente, oportuna y veraz, que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos reales del RAIS, acotando que los asesores de la AFP no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría, de cara a la responsabilidad de carácter profesional que ello implicaba. Que tampoco fue informada sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes que ella cumpliera 52 años. Que no se encuentra pensionada para los riesgos de vejez o invalidez.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Añadió que del formulario de vinculación que suscribió la demandante, se advierte que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

---

<sup>1</sup> Páginas 1 a 15 Archivo 01 Expediente Digital

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada<sup>2</sup>.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, demostrándose que la AFP demandada asesoró a la activa en su decisión. Agregó que la entidad se encuentra imposibilitada para asumir la afiliación de la convocante, dado que se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones<sup>3</sup>.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de abril de 2023, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 7 de mayo de 2000; ordenó el regreso automático de la activa sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; condenó a Colpensiones recibir y establecer la afiliación de la demandante al RPM, sin solución de continuidad; condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. hacer entrega al RPM administrado por Colpensiones, de todos los valores que

---

<sup>2</sup> Páginas 3 a 22 Archivo 09 Expediente Digital.

<sup>3</sup> Páginas 2 a 10 Archivo 08 Expediente Digital

hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales, como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y realizar la devolución de los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, todas estas sumas debidamente indexadas, para lo cual deberá acreditar ante Colpensiones las documentales que le permitan establecer la devolución de la demandante con las sumas recibidas por cotizaciones, ciclos, IBC, rendimientos, intereses, bonos pensionales y descuentos por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, lo cual deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; condenó a Colpensiones a que de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia impute en la historia laboral de la demandante para efectos pensionales, las semanas cotizadas en el RAIS, asimismo que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de la AFP Protección, debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad con lo ordenado en la sentencia; declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas y condenó en costas a ambas convocadas.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la sociedad a la que verdaderamente se afilió la activa, esto es, a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la demandante tuvo pleno conocimiento del acto

de traslado al RAIS, además, obran pruebas documentales que permiten concluir que dicho acto jurídico fue efectuado por la activa de forma libre y voluntaria. Añadió que el respectivo asesor de la AFP suministró la totalidad de la información respecto de los efectos jurídicos que le implicarían trasladarse del RPM al RAIS.

Dijo que los afiliados cuentan con el derecho a escoger libremente el régimen pensional al cual desean pertenecer, conforme a las voces del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, modificatorio del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Además, indicó que a la actora se le ilustró sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, por lo que no se configura ningún vicio del consentimiento, como el error, fuerza o dolo, pues la demandante siempre estuvo consciente del acto jurídico celebrado, además sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión y no fue ejercida sobre ella ninguna presión para el efecto.

Resaltó que no existe prueba en cuanto a que el asesor de la AFP demandada de manera dolosa y con la intención de ocasionarle un daño a la activa, indujo a que esta realizara el traslado. Añadió que a la data en la cual se admitió la demanda, la demandante contaba con 57 años de edad, por manera que se encuentra imposibilitada para retronar al RPM conforme a la normatividad *ejusdem*, pues le faltan 10 años o menos para adquirir su derecho pensional.

Concluyó advirtiendo que la entidad siempre ha actuado de buena fe en desarrollo de lo expresado en la Constitución Política, en la cual se advierte que esa buena fe se presume, por manera que no resulta procedente la condena en costas, máxime que el artículo 365 del CGP faculta al juez para condenar en costas a la parte pasiva, teniendo en cuenta la conducta por esta asumida.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MYRIAM STELLA CASTAÑEDA UMBARILA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

## **CONSIDERACIONES**

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar

mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (Página 102 archivo 01), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las

características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **SANTANDER** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que se trasladó a la AFP SANTANDER porque la respectiva asesora le dijo que se pensionaría mejor que en Colpensiones, además que su pensión sería heredable, sin importar la edad de su hijo y, que si no deseaba pensionarse, podía solicitar la devolución del dinero. Agregó que también se le indicó que iba a tener una mejor rentabilidad sobre lo que ella ahorrara y que sus aportes en el ISS serían trasladados a Santander (Min. 25:58 a 47:46 archivo 18 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de

régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...)”*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión de la A quo de ordenar a la AFP del RAIS trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y, que además, todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP, deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA

CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.”

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que

cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos incluidos en su cuenta, razón por la que se confirmará la decisión cuestionada en este sentido.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, impuesta en su contra. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión de la Juez a quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana

oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, dada la improsperidad de su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-010-2020-00451-01
<b>DEMANDANTE:</b>	CLARA ELENA JIMÉNEZ OLIVELLA
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta sentencia del 25 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Seguridad social
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y para revisar en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLARA ELENA JIMÉNEZ OLIVELLA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-010-2020-00451-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

La parte promotora de la acción formula como pretensiones se ordene la nulidad o ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima

<sup>1</sup> Archivo 01 fs.1-22 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

media al régimen de ahorro individual administrado por PROVENIR S.A. el día 8 de enero de 1998 y como consecuencia se declare que para todos los efectos legales la actora siempre ha permanecido afiliada al RPM. Se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante con sus rendimientos e intereses; lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 18 de enero de 1963 y se afilió al régimen de prima media desde el 16 de junio de 1994 hasta el 1º de septiembre de 1997, donde cotizó 137,86 semanas con diferentes empleadores. Que se trasladó a PORVENIR S.A cuando contaba con 34 años y no le fue avisada la posibilidad de retornar a COLPENSIONES, ni recibió asesoría sobre las condiciones en las cuales se pensionaría y por el contrario la indujo a error para que se trasladara de régimen manifestándole que en el RAIS su pensión sería mucho mejor a la que le correspondería en el RPM, no obstante que con el traslado su pensión se vería seriamente afectada, ya que no le fue informado que para pensionarse debía hacer un ahorro voluntario a fin de que el monto de la mesada fuera superior.

Agotó la reclamación administrativa mediante comunicación del 2 de octubre de 2020 radicada 2020-9928297, la que fue respondida de manera negativa por COLPENSIONES por encontrarse a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio.

---

<sup>2</sup> Archivo 10 fs. 10-21, archivo 5 fs. 2-34 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la misma. Aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación inicial al ISS y la reclamación presentada. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de abril de 2023 (archivo 29), declaró la ineficacia de la afiliación de la actora CLARA ELENA JIMENEZ OLIVELLA a PORVENIR S.A. realizada el 8 de octubre de 1997. Condenó a COLPENSIONES a recibir a la actora y a restablecer su afiliación al RPM sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, rendimientos, frutos e intereses, así como la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a garantía de pensión mínima con cargo a sus propias utilidades debidamente indexados. Condenó a COLPENSIONES a revisar la devolución de los dineros en la forma ordenada y actualizar la historia laboral de la afiliada e imputar las semanas cotizadas en el RAIS. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Como fundamentos de su decisión, indicó que la responsabilidad de las AFP es de carácter profesional lo que las obligaba a informar no solo las ventajas sino también las desventajas del régimen, para lo que tuvo en cuenta la jurisprudencia en el entendido de que la expresión “libre y voluntaria” presupone el conocimiento claro y objetivo de las consecuencias del traslado, lo cual solo es posible cuando la persona conoce las incidencias que el traslado puede tener frente a sus derechos pensionales. En cuanto a la carga de la prueba, señaló que le correspondía a las AFP acreditar el cumplimiento de la obligación de suministrar la información, lo que no encontró demostrado en el proceso. En cuanto a los traslados horizontales manifestó que no saneaba el incumplimiento del deber de información, pues este debía hacerse al momento del traslado y no con posterioridad. De conformidad con lo expuesto, consideró que era procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado con la consecuente devolución a COLPENSIONES de los aportes con sus

respectivos rendimientos, así como de los gastos de administración, gastos por seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo al peculio del fondo. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que no se demostró la existencia de vicios del consentimiento como error, fuera o dolo conforme al interrogatorio de parte, por lo que no es procedente declarar la ineficacia del traslado pues se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y el asesor le dio la información clara y precisa. Que a la actora le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad por lo que ésta inmersa en la prohibición de ley para trasladarse de régimen. Que no hay prueba del dolo respecto del asesor que le brindó la información. Por último, dice que debe presumirse la buena fe del Fondo al efectuar el traslado. En cuanto a las costas indica que COLPENSIONES ha actuado de buena fe por lo que se debe absolver de todas las condenas impuestas.

PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de la sentencia para lo que argumentó que su representada actuó de buena fe y cumplió con la normatividad vigente para el momento del traslado que no establecía el deber de información en la forma en que ahora se establece, por lo que bastaba con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que no es plausible que se le imponga una carga diferente a la establecida en la norma. Que el derecho se encuentra prescrito pues no se trata del derecho pensional sino del acto de afiliación realizado en el año 1997. Respecto a los rendimientos debería devolverse al fono los rendimientos que se causaron durante el periodo y tampoco es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, señaló que estos eran legales y cumplieron su objetivo por lo que es imposible devolverlos e igualmente respecto a la indexación pues esta no es procedente por cuanto deben darse restituciones mutuas.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **CLARA ELENA JIMÉNEZ OLIVELLA** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, en particular la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

### CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con

conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde a los Fondo de Pensiones demandados, quienes dieron la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante y no a éste, como se pretende en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **el fondo de pensiones PROVENIR S.A. el 3 de OCTUBRE de 1997 (f. 71 archivo 5) única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades,

permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía, contrario a lo indicado por el recurrente.

Del interrogatorio de la demandante **CLARA ELENA JIMÉNEZ OLIVELLA** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que “se afilió de manera voluntaria, no fue coaccionada, en el Colegio donde trabajaba los reunieron y les dijeron que se podían trasladar a PORVENIR donde tendrían una mejor mesada pensional, ya que el ISS tendía a desaparecer, leyó el formulario pero no realizó preguntas, la charla fue grupal, le informaron que se podía pensionar de manera anticipada, no le indicaron las características del régimen de ahorro individual, antes del traslado no acudió a COLPENSIONES, no ha solicitado proyecciones pensionales, ni requerimientos a la AFP, esta en desacuerdo porque se cambió debido a que le prometieron que tendría una pensión más alta y le manifestaron que podría pensionarse antes de la edad y que podían entregarle algunos dineros de los que ahorrara. El asesor no le habló de la cuenta de ahorro individual, ni de los rendimientos, o de los requisitos para pensionarse en el RAIS, lo del capital mínimo que necesitaba para ello, le informaron de los beneficiarios y que ellos podían acceder a sus dineros cuando falleciera. Sobre los aportes voluntarios cree que son los aportes mensuales que realiza por cotizaciones. (Min. 25-02 audio archivo 25).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada, va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia de la afiliada en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución de la demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, que es objeto del recurso por parte de COLPENSIONES basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos, aunque esto no hubiera sido solicitado por la demandante.

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...)*”

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación No. 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen”.*

Por último, respecto a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

En cuanto a las condena en costas que apela COLPENSIONES, no se hace ningún análisis toda vez que esta condena no fue impuesta.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirmará la decisión de primera instancia

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A. por cuanto no prosperó el recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del veinticinco (25) de abril de 2023, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV a cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA DE DECISIÓN LABORAL**  
**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-014-2021-00271-01
<b>DEMANDANTE:</b>	JAIME ALBERTO ESPAÑA ERASO
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR S. A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta sentencia del 28 de febrero de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Seguridad social
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y para revisar en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **JAIME ALBERTO ESPAÑA ERASO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-014-2021-00271-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

La parte promotora de la acción formula como pretensiones que se declare la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media al de ahorro

<sup>1</sup> Archivo 4.fs. 2-18 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

individual, por resultar ineficaz la afiliación ante la omisión del deber de información de manera clara y completa respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional. Se declare que para todos los efectos legales el demandante permaneció afiliado al RPM sin solución de continuidad y en consecuencia a reactivar la afiliación y corregir la historia laboral. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a efectuar la devolución de todas las sumas de dinero existentes en la cuenta de ahorro individual, bonos pensionales y gastos de administración.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el señor JAIME ALBERTO ESPAÑA ERASO nació el 29 de septiembre de 1966 y estuvo afiliado al ISS hasta el mes de octubre de 1994 y ante una campaña de desinformación firmó el formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 17 de agosto de 1994 sin haber recibido la información concreta y veraz sobre las consecuencias reales que implicaba el traslado de régimen pensional.

Que en el formulario de afiliación no existe constancia de haber suministrado la información necesaria, ni se prueba que la decisión estaba ajustada a los parámetros de la libertad informada y antes de los 10 años para alcanzar la edad, no le informaron que tenía un plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al régimen de prima media ni le comunicaron las proyecciones para tomar la decisión más conveniente y asegurar una mesada pensional en condiciones dignas.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada con la demanda; manifestó que no le constan los demás hechos y propuso como excepciones de fondo las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema – Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la C.P., buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

---

<sup>2</sup> Archivo 13 fs. 1-21 y archivo 11 fs. 1-19 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

La demandada AFP PORVENIR S.A. al contestar la demanda por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las todas las pretensiones. Manifestó que no son ciertos o no le constan los hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 28 de febrero de 2023 (archivo 33), declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuados por el demandante al fondo demandado y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual del demandante incluyendo los rendimientos financieros y sin descontar suma alguna por concepto de administración, comisiones, seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, los cuales deberán ser pagados debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó al pago de las costas del proceso.

Como fundamentos de su decisión, indicó que la obligación de dar asesoría e información al afiliado existía desde el momento en que se creó el régimen de ahorro individual con la expedición de la Ley 100 de 1993 y acorde con la jurisprudencia, la carga de la prueba se encontraba en cabeza de las AFP demandadas, sin que se allegara al respecto otra prueba que el formulario de afiliación, lo que no constituye prueba de la información dada al afiliado, pues el actor manifestó que fue una reunión grupal con información comercial en la que no le informaron los requisitos que debía cumplir para obtener la pensión, por lo que consideró que existió una conducta omisiva por parte del fondo y no se acreditó la existencia de un consentimiento informado. En consecuencia, el traslado no podía producir efecto alguno, sin que para ello fuera necesario que el afiliado tuviera una expectativa legítima frente al derecho pensional.

Acorde con lo anterior, declaró la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPM al RAIS, y declaró que el actor estuvo siempre afiliado al RPM. Ordenó al fondo demandado trasladar a COLPENSIONES lo saldos existentes en la cuenta de ahorro individual con los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna

por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, los cuales deben devolverse a COLPENSIONES debidamente indexados y asumidos por PORVENIR S.A. de sus propias utilidades, con lo que no se vería afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a los fondos demandados.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación parcial respecto al numeral 2º, de la sentencia en relación con la condena a indexar las sumas que deben devolverse a COLPENSIONES por gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima, teniendo en cuenta que se está condenado a su representada doble vez, ya que la indexación es la actualización de la moneda por lo que no puede aplicarse al caso, toda vez que se han causado rendimientos para garantizar una rentabilidad mínima y estos dineros no están destinados a financiar la pensión del actor por lo que considera que se trata de una doble condena, pues se reconocieron rendimientos que no se habrían causado en el RPM, por lo que solicita se revoque en esta aspecto la condena.

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación argumentando que se debe revocar la sentencia pues no se tuvo en cuenta que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y PORVENIR S.A. por lo que la sentencia no puede producir efectos jurídicos en su contra y por ello no se puede condenar a COLPENSIONES recibir al afiliado ya que afecta el sostenimiento financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la reserva presupuestal de COLPENSIONES y en caso de confirmarse la decisión se condene al Fondo a reconocer los perjuicios causados a COLPENSIONES.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones Legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **JAIME ALBERTO ESPAÑA ERASO** al régimen de ahorro individual administrado por las AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se derivan, entre ellas la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

## CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a

entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones demandado, quien dio la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las

condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante, lo que en este caso no cumplieron las AFP demandadas.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A. el 21 de abril de 1999** (f. 94 archivo10) **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió por primera vez el demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Del interrogatorio del demandante **JAIME ALBERTO ESPAÑA ERASO** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó respecto a las circunstancias en que se dio el traslado de régimen que: “en la oficina se hizo una reunión grupal de 5 o 10 minutos en la oficina donde laboraba, que fueron visitados por asesores de PORVENIR donde les indicaron que el Fondo era la mejor opción ya que debían tomar una decisión con prontitud pues el ISS se acababa y solo funcionarían los fondos privados. No le dieron explicaciones respecto a los aportes o las consecuencias del traslado, aportes voluntarios y demás, todo fue muy comercial. Suscribió el formulario de manera libre, pero bajo la información comercial que le dieron” (Min. 5:20 audio audiencia archivo 28).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[...] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución del demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobraron las AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por el demandante.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el

carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima “debidamente indexados”, basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos.

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...)”*

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación N.º 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos*

valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negritas fuera de texto).

Respecto a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en este caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante lo que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Por último, en relación con lo manifestado por COLPENSIONES en su recurso en cuanto a que se condene al fondo demandado a cancelar los perjuicios ocasionados a COLPENSIONES con la afiliación del actor, se dirá que esta es una solicitud nueva, que no fue objeto de estudio en la primera instancia, razón por la cual al tratarse de un punto nuevo sobre el que COLPENSIONES no hizo manifestación alguna en la primera instancia, no puede ser objeto de análisis en esta oportunidad.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirma en todas sus partes la sentencia objeto de recursos.

Costas en esta instancia a cargo de las AFP PORVENIR y COLPENSIONES por cuanto no prosperaron los recursos interpuestos. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha veintiocho (28) de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-016-2019-00650-02
<b>DEMANDANTE:</b>	JAIRO GARCÍA MARTÍNEZ
<b>DEMANDADO:</b>	CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC
<b>ASUNTO:</b>	Consulta Sentencia 14 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Pensión especial de vejez por alto riesgo
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia del 14 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **JAIRO GARCÍA MARTÍNEZ** contra la **CAJA DE AUXILIOS Y PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC**, con radicado No. **11001-31-05-016-2019-00650-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

El promotor de la acción pretende se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a partir de las 1.000 semanas de cotización, es decir, desde octubre de 2009; en consecuencia, se condene a la pensión, en la suma que se estime probada, junto con los intereses, la indexación, incrementos legales y convencionales, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que ha laborado y cotizado como aviador civil con la empresa Avianca desde el 1º de septiembre de 1989 hasta la fecha. Que ha cotizado ante la demandada con asignaciones que fluctúan entre \$1.083.227 hasta el actual salario de \$27.011.237; además es beneficiario de las convenciones colectivas de la empresa Avianca. Que a la fecha ha cotizado 1.542 semanas, superior al mínimo de 700 exigidas por la ley y, ha estado afiliado a la demandada desde el 1º de septiembre de 1989 como Aviador Civil. Que en su actividad, ha prestado servicios como piloto de aeronaves, la cual se considera de alto riesgo. Que el trabajo ha afectado su salud, la cual continúa agravándose al negársele su retiro por no reconocerle la pensión. Que a la fecha tiene más de 20 años de servicios y 54 años de edad. Que el en diciembre de 2017 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la prestación, en virtud de la sentencia C-093 de 2017, la cual le fue negada, mediante comunicación del 4 de abril de 2018, omitiendo la pasiva aplicar a su favor el régimen anterior.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa sostuvo, en síntesis, que la única fuente legal que actualmente consagrada las pensiones de alto riesgo es el Decreto 2090 de 2003, en cuyo artículo 2º no se incluyó la profesión de los aviadores civiles como actividad de alto riesgo, acotando que en sentencia C-093 de 2017, la

---

<sup>1</sup> Páginas 2 a 12 y 74 a 89 Archivo 01 del Expediente Digital

<sup>2</sup> Páginas Archivos 03 y 05 del Expediente Digital

Corte Constitucional se declaró inhibida respecto de la demanda presentada en contra de dicho artículo y del artículo 1º de la normatividad *ejusdem*. Añadió que el convocante tampoco cumple los requisitos del régimen de transición previsto en el Decreto 1282 de 1994, ni mucho menos las condiciones previstas en tal norma, para las pensiones especiales transitorias de los aviadores civiles, por manera que a la fecha se encuentra clasificado en el Sistema General de Pensiones, es decir, que la pensión de vejez la podrá obtener cumpliendo los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, inexistencia de régimen de alto riesgo para aviadores civiles, interpretación subjetiva de la sentencia C-093 de 2017, buena fe, imposibilidad de despachar intereses de mora contra Caxdac, prescripción, sostenibilidad financiera de Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles ACDAC-CAXDAC, cotización adicional a cargo de las empresas empleadoras, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 2090 de 2004 y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de abril de 2023, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; declaró probada la excepción de la inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que en el Decreto 2090 de 2003 se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, acotando que la actividad de piloto no se encuentra asociada a una actividad de alto riesgo, a la luz del artículo 2º de la normatividad *ejusdem*. Dijo que en la sentencia 093 de 2017 la Corte Constitucional se declaró inhibida para estudiar la exequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto 2090 de 2003. Acotó que los pilotos de aeronaves en términos generales deben acreditar que se encuentran expuestos a la radiación cósmica en cantidad que supere los

límites permitidos, frente a lo cual no existe una sola prueba en el presente caso, aunado a que si bien la parte demandante allega lo que parece ser una relación de enfermedades, no se advierte que las mismas correspondan a una mutación celular maligna provocada por la exposición a radiaciones ionizantes, ni obra estudio que establezca una relación de causalidad entre la actividad laboral y cualquiera de estas patologías, que por demás, se encuentran incluidas en un documento que no tiene un título ni un responsable. Señaló que las enfermedades y los límites de vuelo definidos en la Convención Colectiva de Trabajo, no representa una relación explícita relacionada con la presunta exposición a radiaciones ionizantes. Concluyó que el actor no reúne las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el Decreto 1282 de 1994, por cuanto a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 29 años edad y un poco más de 5 años de servicios cotizados, además, en la actualidad acredita 58 años, siendo claro que no demuestra los 62 años mínimos exigidos por la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez consagrada en dicha norma.

### **CONSULTA**

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod. Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si el convocante tiene o no derecho a la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo.

### **CONSIDERACIONES**

Con miras a resolver el *sub iudice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., probanzas de las cuales se colige, que JAIRO GARCÍA MARTÍNEZ nació el 25 de febrero de 1.965 (página 46 archivo 01 ED), contando al 1º de abril de 1994 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 - con 29 años; asimismo, conforme a lo aceptado por la entidad demandada en su contestación (páginas 4 a 5 Archivo 05 del ED), registra tiempos laborados sin cotizaciones a CAXDAC, a través de Avianca, del 1º de septiembre de 1989 al 31 de marzo de 1.994, e igualmente, presenta cotizaciones ante la convocada por parte de Avianca, desde el mes de abril de 1.994 hasta la fecha.

### **ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO**

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer el señor GARCÍA MARTÍNEZ actividades de alto riesgo en la prestación personal de sus servicios, conforme a lo previsto en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, como así se advierte del escrito de demanda y de su escrito de subsanación, precepto que de

manera textual dispone que «El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo».

Normatividad que no puede ser analizada en forma aislada del artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, ya que en este de manera taxativa se estableció que:

«Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.
2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.
3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.
4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.
5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.
6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.
7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública» (Resalta la Sala).

Ahora, los artículos 3º y 4º de la norma *ejusdem* señalan como pedimentos para acceder a la prestación pensional especial:

«**ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ.** Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700

*semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.*

**ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** *La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:*

1. *Haber cumplido 55 años de edad.*
2. *Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.*

*La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años».*

Dando aplicación a las normas en referencia, debe señalar la Sala de manera categórica que una vez analizados los medios de convicción allegados al informativo, no es posible advertir que el actor haya desempeñado alguna de las actividades referenciadas en el artículo 2º de Decreto 2090 de 2003, como para concluir que su situación pensional debe ser dilucidada conforme a la normatividad *ejusdem*, puesto que ninguna de ellas logra probar tiempos de trabajo en alto riesgo, no siendo suficiente la afirmación de la parte activa en cuanto a que su actividad de piloto o aviador encaja en la definición de labor de alto riesgo prevista en el artículo 1º del Decreto 2090 de 2003, pues tal análisis no puede desligarse del subsiguiente artículo 2º, que se *itera*, de manera taxativa enlista las actividades que tienen tal catalogación, para efectos de acceder a la pensión especial de vejez allí prevista.

Así las cosas, incumplido el requisito esencial para el otorgamiento pensional, esta Colegiatura no puede corroborar si el demandante cumple con los lineamientos del Decreto 2090 de 2003, al no existir ninguna prueba que de fe del desempeño de su parte, de las actividades de alto riesgo allí consagradas, como *requisito sine qua non* para acceder a la prestación especial de vejez deprecada.

Conclusión esta que no sufre ninguna modificación, ni aun tomado en consideración la sentencia mencionada en el *libelo demandatorio*, esto es, la sentencia C-093 de 2017, pues contrario a la interpretación dada por el

demandante, en ella, la Corte Constitucional fue clara en referir sobre el juicio de constitucionalidad allí propuesto respecto del artículo 2º del Decreto 2090 de 2003, que no se encontraron los elementos fácticos y probatorios que den cuenta de la exposición de los aviadores a niveles de radiación ionizantes que reduzcan su expectativa de vida saludable o que hagan necesario su retiro anticipado de la vida laboral, declarándose inhibida para pronunciarse sobre la exequibilidad de tal norma y del artículo 1º del Decreto en referencia.

Ahora bien, analizando los fundamentos y razones derecho de la demanda, se advierte que el convocante realmente pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación prevista para los beneficiarios de la transición del régimen pensional especial de los aviadores civiles, de que trata el artículo 4º del Decreto 1282 de 1994, cuyo texto prevé:

**“ARTICULO 4o. BENEFICIOS DEL REGIMEN DE TRANSICION.** <Artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 1302 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios (...).”

Al respecto, baste con advertir que el señor GARCÍA MARTÍNEZ no tiene derecho a la prestación en referencia, puesto que no cumple las condiciones del régimen de transición establecidas en el artículo 3º del Decreto 1282 de 1.994, esto es, 40 años de edad si son hombres al 1º de abril de 1.994 o, haber cotizado o prestado servicios durante 10 años o más, pues a dicha data, el actor contaba con 29 años, al nacer el 24 de febrero de 1965, conforme a la copia de su cédula de ciudadanía (página 46 archivo 01 ED), y había prestado sus servicios sin cotización por 4 años y 7 meses a favor de Avianca S.A., de acuerdo a lo aceptado por la entidad demandada en su contestación (páginas 4 a 5 Archivo 05 del ED).

A lo anterior se suma que, tal y como lo advirtió el Juzgado de Conocimiento, a la fecha el accionante cuenta con 58 años, de suerte que no

acredita la edad mínima exigida para acceder a la pensión de vejez prevista en el régimen general de que trata la Ley 100 de 1993, que actualmente corresponde a 62 años, según su artículo 33.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada. Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia del 14 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-016-2020-00428-01
<b>DEMANDANTE:</b>	CRISTINA DEL PILAR BEJARANO CONTRERAS
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP PROTECCIÓN S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y Consulta Sentencia del 15 de marzo de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Ineficacia traslado
<b>DECISIÓN:</b>	ADICIONA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CRISTINA DEL PILAR BEJARANO CONTRERAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-016-2020-00428-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado en febrero de 1.999 a través de la AFP COLFONDOS S.A., así como la vinculación realizada a la AFP PROTECCIÓN el 15 de julio de 2015; como consecuencia de lo anterior, ordenar a PROTECCIÓN retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado, al RPM administrado por COLPENSIONES; ordenar a COLPENSIONES recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 4 de julio de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1996, acumulando un total de 471.846 semanas. Que en el mes de febrero de 1.999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., pues el respectivo asesor de la sociedad en mención le indicó que el ISS desaparecería, perdiendo las cotizaciones realizadas hasta el momento, sin embargo, no le brindó información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones de dicho traslado, y tampoco le asesoró sobre el derecho de retracto que le asistía. Que cuando se afilió a la AFP Protección en el mes de julio de 2015, los asesores de esta demandada mantuvieron el error en el que se encontraba. Que elevó ante cada una de las demandadas, solicitud de nulidad de traslado de régimen, sin embargo, recibió respuesta negativa por parte de cada convocada.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Añadió que del formulario de vinculación que suscribió la demandante, se advierte que

---

<sup>1</sup> Archivo 01 y Archivo 06 Expediente Digital

dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada<sup>2</sup>.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que el traslado de la convocante al RAIS se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para ese momento se pudiera brindar la información certera y precisa que solicita la demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, improcedencia de declaratoria de ineficacia de traslado o nulidad cuando se tiene el estatus de pensionado en el RAIS, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada o genérica<sup>3</sup>.

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no se opuso a las pretensiones formuladas en la demanda, excepto a la solicitud de condena en costas, argumentando que si bien la afiliación de la activa es completamente válida y la AFP obró de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley, lo cierto es que si el Juzgado considera que

---

<sup>2</sup> Páginas 1 a 19 Archivo 09 Expediente Digital.

<sup>3</sup> Páginas 1 a 18 Archivo 20 Expediente Digital

debe ordenarse el traslado de la demandante al RPM, la sociedad no se opondrá a tal decisión, y en consecuencia, procederá a trasladar los aportes efectuados en la cuenta de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre que tal decisión no le implique algún tipo de responsabilidad a la AFP.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Buena fe, compensación y pago, y la innominada o genérica<sup>4</sup>.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP COLFONDOS S.A. el 18 de febrero de 1.999; condenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, para el RPM, el cual dicha entidad debe activar a favor de la demandante y recepcionar dichos recursos, incluyendo conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere, orden que se hace extensiva a la AFP COLFONDOS S.A., respecto de los períodos de tiempo que estuvo afiliada la demandante en dicha sociedad, y en relación con los componentes de las cotizaciones que no fueron trasladadas en su momento a la AFP Protección; declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado y condenó en costas a las convocadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP Colfondos S.A., por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no se entiende subsanado con la asesoría brindada cuando se trasladó a Protección,

---

<sup>4</sup> Páginas 3 a 13 Archivo 33 del Expediente Digital.

pues ello tuvo lugar en el año 2015, cuando la activa ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de trasladarse al RPM; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que no es procedente impartir condena en costas en su contra, como quiera que la entidad es un tercero de buena fe, a quien se le endilga únicamente la falta de activación de la afiliación de la actora, pese a que ello se sustenta en argumentos legales y que la ineficacia del traslado al RAIS solo puede ser definida por un Juez de la República.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CRISTINA DEL PILAR BEJARANO CONTRERAS al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, e igualmente, si es

procedente la condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones.

## CONSIDERACIONES

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero**

**debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó COLFONDOS S.A., quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado,

conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** (Página 160 archivo 02), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Páginas 173 a 174 archivo 02), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos

privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **COLFONDOS S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se les exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues fue clara al manifestar que se afilió a Colfondos en el momento en que iba a firmar un contrato laboral con una empresa temporal, acotando que en el lugar se encontraban varios fondos privados y ella optó por acercarse al Banco City Bank. Dijo que en el Stand respectivo se encontraban presentes dos personas de Colfondos, quienes le indicaron que el Seguro Social se *“iba a acabar”* y que debía afiliarse a un fondo, además, no se le informó sobre la existencia de una cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros o qué sucedería con los aportes que realizó en el ISS (Min. 29:00 a 42:44 archivo 38 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos financieros.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia,

precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...)”*

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora y bonos pensionales si los hubiere. Sin embargo, el A quo omitió referirse de manera expresa a los gastos de administración, comisiones y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indicado que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró cada AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción

contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, la demandada COLPENSIONES manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a condena en costas procesales impuesta en su contra por el Juzgado de Conocimiento. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión del A quo de imponer condena en costas contra la entidad en referencia, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de esta durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron avante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos aludidos. Sin costas en esta instancia conforme al resultado de la alzada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

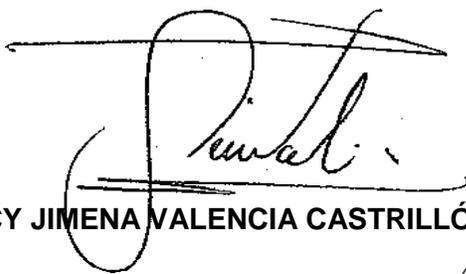
**PRIMERO: ADICIONAR** el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** los gastos de administración y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, descontados a la convocante durante la afiliación a cada AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-002-2017-00731-01
<b>DEMANDANTE:</b>	ELIÉCER ENRIQUE RUIZ BANDA
<b>DEMANDADO:</b>	BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación sentencia del 30 de noviembre de 2022
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Reliquidación pensión convencional-mesada 14
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ELIÉCER ENRIQUE RUIZ BANDA** contra **BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A.** hoy **BANCO ITAÚ CORPBANCA**, con radicado No. **11001-31-05-002-2017-00731-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

El promotor de la acción pretende se condene al demandado al pago de la reliquidación indexada de su mesada pensional en forma vitalicia y sobreviviente, teniendo en cuenta la totalidad de factores salariales que

<sup>1</sup> Páginas 2 a 15 Archivo 01 Expediente Digital

devengó en su último año de servicios, junto con el pago de la mesada adicional de junio, los incrementos por concepto de aportes en salud consagrados en el artículo 143 de la Ley 100 de 1.993, de conformidad con lo pactado en la cláusula 9ª del contrato de transacción suscrito entre las partes el 27 de marzo de 1.998, el retroactivo, la indexación de las sumas adeudadas, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que trabajó por más de 20 años para la demandada, esto es, desde el 4 de octubre de 1.977 hasta el 17 de mayo de 1.998, acotando que la fecha de renuncia a su cargo devengaba un sueldo básico de \$786.708 y que en el último año de servicios devengó un promedio de \$8.935.425. Que entre los sindicatos y el convocado se suscribió una Convención Colectiva de Trabajo, en la cual se estableció el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación cuando el empleado llegue o haya llegado a los 55 años de edad si es varón o a los 50 años si es mujer, después de 20 años continuos o discontinuos en la institución o cuando cumpla como único requisito 30 años de servicios continuos o discontinuos. Que en sentencia SL10641 de 2014, la Corte Suprema de Justicia determinó que la fórmula de liquidación de la prestación establecida en dicha Convención no atendía los principios legales y constitucionales que la rodean, por ende, en tal caso, dio aplicación al 75% sobre el promedio de lo devengado en el año inmediatamente anterior a la terminación del contrato. Que en las sentencias T-954 de 2013 y T-463 de símil año, la Corte Constitucional ordenó al Banco Corpbanca la reliquidación de la prestación económica convencional por indexación de la primera mesada, además, en la sentencia C-862 de 2006, dicha Corporación declaró condicionalmente exequible el artículo 260 del CST, bajo el entendido que el salario base para la liquidación de la primera mesada pensional, deberá ser actualizado conforme a la variación del IPC certificado por el DANE.

Dijo que su pensión convencional le fue reconocida sin incluir todos los beneficios extralegales devengados en el último año de servicios, pese a que a otros pensionados sí le fueron incluidos ciertos factores por vía de reliquidación, esto es, la prima de vacaciones y la bonificación extralegal de antigüedad, de conformidad con la Convención Colectiva de Trabajo. Que en el último año de servicios devengó por sueldo básico y bonificación extralegal

el promedio de \$14.406.418, para un promedio mensual \$1.200.535, sin embargo, la accionada solo tomó el promedio del salario básico de \$11.556.603, para liquidar su pensión de jubilación, tomado el 75% del salario, esto es, \$722.288, aun cuando ese porcentaje en realidad equivalía a \$900.402. Que el 27 de marzo de 1998 los comparecientes suscribieron contrato de transacción, en cuya cláusula 5ª se estableció que la accionada asumirá el costo de las cotizaciones obligatorias en salud establecidas en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, ello fue desconocido por la encartada, porque sobre el pago de nómina de su pensión se sigue haciendo el descuento de la totalidad del aporte en salud.

Agregó que su pensión de jubilación era pagada por 14 mesadas al año, sin embargo, al ser subrogado al RPM, como se dispuso en el acuerdo transaccional y en la Convención Colectiva de Trabajo, dejó de recibir la mesada adicional de junio, pese a que en la mentada acta el banco convocado dejó establecido que asumiría el valor de la diferencia que llegara a existir entre la pensión de jubilación y la reconocida por vejez.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La demandada **ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que para la definición del salario base de liquidación de la pensión extralegal del actor, se consideraron la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de prestación del servicio, no obstante que la norma convencional en la que se soportó tal reconocimiento, prevé una base de liquidación inferior, pues esta se refiere con exclusividad al salario básico, sin considerar factores de variabilidad, lo que de suyo implicó el reconocimiento de la pensión convencional sobre el 91,81% del salario básico. Añadió que desde el momento en que se asumió el pago de la pensión de vejez por parte del sistema de seguridad social en pensiones, únicamente le habría correspondido al banco, en aplicación del acuerdo suscrito a la terminación del contrato y con soporte en el cual le fue reconocida al actor la pensión extralegal, el reconocimiento de la diferencia entre la mesada que venía asumiendo y la efectivamente pagada por Colpensiones, tal como lo ha venido haciendo hasta la fecha, sin que tenga ningún fundamento pretender el reconocimiento del 100% de la denominada mesada 14.

Formuló como excepciones previas cosa juzgada y prescripción y de fondo las que denominó cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, compensación y prescripción<sup>2</sup>.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de noviembre de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho propuesta por la demandada; absolvió a la convocada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante; condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que conforme a la Convención Colectiva de Trabajo de la demandada, los factores salariales pretendidos por la parte demandante no se encuentran allí contemplados, pues para la liquidación de la prestación se tendrá en cuenta el 75% del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, sin que hubiera lugar a tener en cuenta otros rubros, destacando que las partes estipularon expresamente que la prestación pensional de origen convencional no se liquidaría con la inclusión de factores distintos al salario básico. Añadió que revisada la liquidación de la prestación se tiene que en efecto se acató el texto convencional, esto es, que se tomó el promedio del salario básico que el actor devengó durante el último año de servicios.

Sobre el reconocimiento de los aportes en salud a cargo del empleador conforme al artículo 143 de la Ley 100 de 1993, dijo que revisada la transacción celebrada entre las partes, no existe cláusula alguna en la que se indique que correspondía al empleador estar a cargo de dichos aportes en su totalidad, acotando que en la cláusula tercera, la parte demandada reconoció al demandante a título de bonificación la suma de \$20.000.000, dentro del cual se encontraba incluido el costo de las cotizaciones obligatorias en salud establecidas en la normatividad *ejusdem*, es decir, que el banco efectuó un pago de forma anticipada por un año, sin que se pueda colegir que ese reconocimiento se estableció de forma vitalicia.

---

<sup>2</sup> Páginas 203 a 214 Archivo 01 Expediente Digital.

En lo referente a la indexación de la primera mesada pensional, dijo que esta figura se encuentra contemplada con el fin de conjurar la pérdida del poder adquisitivo que sufre el salario base de liquidación de la prestación, empero, dicha situación no se presenta en el caso bajo estudio, pues el actor laboró para la demandada hasta el 18 de mayo de 1998 y la prestación pensional se otorgó a partir de la data de la finalización del contrato por mutuo acuerdo, esto es, el mismo 18 de mayo de 1998, por lo que el salario base para liquidar la prestación no sufrió devaluación alguna.

Sobre la mesada 14 señaló que si bien no se tiene certeza en qué momento se efectuó la subrogación o que Colpensiones esté reconociendo dicha mesada, lo cierto es que el banco demandado sí acreditó el pago de la misma desde 1998 hasta 2016. Añadió que la parte actora no aportó prueba que permita establecer que dicha mesada no está siendo cancelada por parte de Colpensiones, lo cual era carga suya, teniendo en cuenta que fue al convocante a quien se le reconoció directamente la pensión mediante acto administrativo que le debió ser notificado.

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que se omitió considerar que la fórmula para liquidar la pensión de jubilación acordada por las partes, fue declarada ilegal y violatoria de los derechos de los pensionados y la Constitución Política, en sentencia SL 10641 de 2014 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la cual se indicó que a estas pensiones sí se les debía aplicar una tasa de reemplazo sobre el promedio de todo lo devengado en el año inmediatamente anterior a la terminación del contrato, incluyendo las bonificaciones, remuneraciones y primas extralegales que había recibido la parte demandante.

Agregó que se omitió la aplicación del Decreto 758 de 1990 que le permitió al empleador subrogar la pensión, pero le asignó el mayor valor a su cargo y, como quiera que Colpensiones al subrogar la pensión, no asumió el aporte de la salud ni esa mesada 14, resulta diáfano concluir que el banco era quien debía asumir dicha carga.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero: si la pensión de jubilación convencional reconocida a favor del actor debe ser reliquidada teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados en el último año de servicios ; segundo: determinar si el Banco convocado debe asumir el pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio; tercero: si el accionado está llamado a pagar el reajuste pensional de que trata el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

## CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el caso objeto de estudio, sea lo primero indicar que no existe discusión en cuanto a que el demandante y el Banco accionado celebraron conciliación el 27 de marzo de 1998, en virtud de la cual le fue reconocida pensión convencional transitoria al demandante, a partir del 18 de mayo de 1998, fecha de retiro de este, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicio, hasta que cumpla los requisitos de edad exigidos por el otrora ISS o un Fondo Privado de Pensiones donde el trabajador haya cotizado, pues a partir de ese momento el Banco le continuará pagando la diferencia que existiere entre la pensión de jubilación que este venía recibiendo y la que le otorgue el Seguro Social o un fondo privado de pensiones, como pensión de vejez (páginas 218 a 220 archivo 01 del ED).

Dicha prestación, fue reconocida en valor de \$722.288, conforme se observa en la liquidación allegada por el extremo pasivo (página 221 archivo 01 del ED).

Sobre el primer problema jurídico planteado, se tiene que el convocante pretende la reliquidación de su pensión de jubilación convencional, teniendo en cuenta para ello, todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre ellos la prima de vacaciones y la bonificación por antigüedad, pues según su dicho, ello sí fue reconocido a diversos ex compañeros de trabajo y, asimismo, fue definido por la CSJ en sentencia SL10641 de 2014.

Al respecto, debe indicar la Sala de Decisión que, tal y como quedó establecido con anterioridad, la pensión de jubilación reconocida al actor, tuvo como norma o fuente de derecho la Convención Colectiva de Trabajo, como quiera que así se expresa en la conciliación celebrada por los comparecientes el 27 de marzo de 1998, de manera que para definir la manera en cómo debe liquidarse la misma, debe echarse mano del texto convencional que, no fue allegado al plenario por ninguno de los contendientes, una vez se han revisado todas las piezas que componen en el expediente digital.

En ese orden, sobre el artículo 54 convencional que contiene la pensión de jubilación reconocida al actor, solo se tiene la referencia que hace la parte demandada al contestar el hecho tercero de la demanda, en los siguientes términos<sup>3</sup>:

*“Todo empleado que llegue o haya llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad si es varón o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de 20 años de servicio continuos o discontinuos a la institución, **tendrá derecho a una pensión mensual vitalicia de jubilación que se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del banco, sin tener en cuenta bonificaciones, así:** sobre los primeros seiscientos pesos (\$600) del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de seiscientos pesos (\$600) hasta mil pesos (\$1.000) el 60%; por los excedentes de mil pesos (\$1.000) hasta tres mil pesos (\$3.000) el 30%. De manera que el computo (sic) de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes, en acuerdo con el promedio del sueldo básico devengado por el empleado en el año anterior a su retiro de la institución.*

*Si al hacer la liquidación de acuerdo con la presente reglamentación, la pensión de jubilación resultare inferior a la que le correspondería al empleado*

---

3

*de acuerdo con la ley vigente, el trabajador quedará jubilado con lo que le corresponde legalmente”.*

De suerte que, dando aplicación al texto convencional en cita, aceptado por la parte convocada, es claro que no resulta procedente el pedimento elevado por el actor de reliquidar su prestación de jubilación convencional incluyendo los factores salariales devengados en el último año de servicios, referenciados en el *libelo genitor*, toda vez que la norma convencional de manera diáfana establece que para su liquidación, únicamente se considerará el promedio del sueldo básico devengado en el último año de servicios, sin tener en cuenta bonificaciones.

Conclusión que no está llamada a sufrir ninguna modificación si se echa mano de la sentencia aludida por el convocante en su demanda y en su recurso de apelación, esto es, la SL10641 de 2014, pues en dicha decisión, que dicho de paso versó sobre el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, la Corte Suprema de Justicia, en ningún momento consideró que la liquidación de la pensión de jubilación convencional, debía ser liquidada de la manera propuesta, conforme se advierte del aparte pertinente que se cita a continuación:

*“(…) La cláusula 68 remite a los artículos 54 y 55 de la misma convención para indicar el valor de esta pensión; en el primero de estos se establece que, con 20 años de servicio a la institución, la pensión se computará sobre el promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro del banco, sin tener en cuenta bonificaciones así: sobre los primeros \$600 pesos del promedio del sueldo básico devengado en el año anterior al retiro, el 80% de dicho sueldo; por los excedentes de \$600 pesos hasta \$1.000, el 60%; por los excedentes de \$1.000 hasta \$3.000 el 40% y por excedentes de \$3.000 el 30%, de manera que el cómputo de la pensión será la suma de los diferentes porcentajes, de acuerdo con el promedio del salario básico devengado por el empleado en el año anterior al retiro de la institución. Y agrega que si la liquidación de la pensión, en arreglo a dicha tabla, da como resultado una inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, la pensión será equivalente a la legal. En el artículo 55, se establece un incremento adicional sobre la base fijada en el anterior, del 2% en cada una de las escalas, para después de 20 años de servicios.*

*No se requiere de mayores cálculos para deducir que los precitados valores base para aplicar la tabla están desactualizados, y estarían lejos de arribar siquiera al salario mínimo legal de la época. En ese orden, se reconocerá una pensión temporal con valor igual a la legal, por tanto se tomará el monto de la primera mesada reconocida por el ISS según la R. 1397 de 2004 visible a fls. 492 y 493, o sea la suma de **\$499.097** resultante de aplicar el 75% al IBL equivalente a \$665.462; a la que se le harán los ajustes de ley”.*

Así, se tiene que la Alta Corporación, reconoció la pensión de

sobrevivientes allí debatida, teniendo en cuenta el valor de la pensión legal que le fuere reconocida al beneficiario del causante por parte del ISS, toda vez que al tomar la tabla de liquidación convencional, la prestación sería incluso inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pero todo ello, atendiendo el texto de la norma convencional, que como se indica expresamente en la decisión aludida, establece que *“si la liquidación de la pensión, en arreglo a dicha tabla, da como resultado una inferior a la que le correspondería al empleado de acuerdo con la ley vigente, la pensión será equivalente a la legal”*.

Por tanto, no le asiste razón a la parte demandante cuando aduce que su prestación debe ser liquidada con el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, incluyendo factores salariales tales como la prima de vacaciones y la bonificación por antigüedad, con sustento en la sentencia en referencia, como quiera que en dicha decisión la CSJ, no hizo referencia a la forma de liquidación propuesta por el actor.

Con todo debe decirse que, al revisarse la liquidación de la pensión de jubilación reconocida al demandante por parte del banco accionado (página 221 archivo 01 del ED), se observa que le fueron considerados factores adicionales al salario básico, esto es, el auxilio de transporte y las bonificaciones extralegales devengadas en el último años de servicios, por manera que, al convocante le fue reconocida una prestación incluso superior a la prestablecida en la norma convencional, pese a que el demandado no estaba obligado a ello, por tanto, se confirmará la decisión cuestionada en cuanto negó la reliquidación reclamada, al no encontrar sustento legal ni jurisprudencial el pedimento elevado por el actor sobre este puntual aspecto.

En punto al reconocimiento de la mesada adicional de junio que la parte actora echa de menos, aduciendo que el convocado venía reconociendo la misma hasta que le fue reconocida la pensión de vejez por parte del otrora ISS, desconociendo que conforme al acta de conciliación celebrada entre las partes debe asumir el mayor resultante entre esta prestación y la pensión de jubilación convencional, ha de indicar la Sala que conforme a las documentales adosadas a páginas 224 a 261 archivo 01 del ED, el encartado reconoció la aludida mesada a favor del actor hasta el mes de junio de 2016, aunado a que desde el mes de agosto de símil año no continuó efectuando el

pago de la pensión de jubilación convencional, que según el entender de la Sala, se debería al reconocimiento de la pensión de vejez a favor del actor por parte de Colpensiones; sin embargo, tal circunstancia por sí sola no implica que la demandada deba asumir el pago de la mesada adicional de junio a título de mayor valor, pues debe recordarse al apelante que ello solo es procedente en el caso que a la luz del Acto Legislativo 001 de 2005, la misma no fuere asumida por Colpensiones, lo cual no puede constatarse con certeza en el presente caso, dado que el demandante no allegó el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez, como así lo advirtió el *a quo*.

De suerte que, al desconocerse los términos del reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones a favor del señor Ruiz Banda, no es posible para la Colegiatura definir con certeza si la mesada adicional de junio corresponde asumirla al banco accionado a título de mayor valor, siendo del caso confirmar la decisión opugnada sobre este aspecto, toda vez que no se cuenta con el material probatorio que permita constatar si tal obligación, se *itera*, corresponde al convocado.

Finalmente, en cuanto al reajuste de la pensión en los términos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que el mismo resulta improcedente desde el punto de vista de dicha norma, toda vez que la elevación de la pensión en proporción equivalente a la cotización para salud, solo es aplicable a quienes con anterioridad al 1º de enero de 1994, se les hubiere reconocido la pensión de vejez o jubilación, invalidez o muerte, lo que no se corresponde con el caso del actor, a quien se le concedió la prestación desde el 18 de mayo de 1998 y, si bien, en la conciliación celebrada por la partes el 27 de marzo de 1998 se determinó que se incluían tales incrementos en la bonificación reconocida al favor del convocante por valor de \$20.000.000, lo cierto es que las partes nunca convinieron que ello se pactara de manera vitalicia a cargo del demandado, conforme se observa en el aparte del acuerdo que se cita a continuación<sup>4</sup>:

*“(...)la Empresa acepta reconocerle a ELIECER ENRIQUE RUIZ BANDA, una bonificación de VEINTE MILLONES DE PESOS (\$20.000.000,00) M.L., según la cláusula Tercera, la cual no constituye salario para ningún efecto laboral por acuerdo entre las partes, incluyendo en este valor el costo de las cotizaciones obligatorias en salud establecidas en el Artículo 143 de la Ley 100/93, para lo cual el Banco dará por el término de un año en forma*

---

<sup>4</sup> Página 219 Archivo 01 del ED.

*anticipada el valor de estas calculado con base en el último salario promedio devengado por el Trabajador.”*

Siendo claro de dicho acuerdo, que el banco accionado no se comprometió a pagar dichos incrementos para la posteridad y de manera vitalicia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo del DEMANDANTE, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

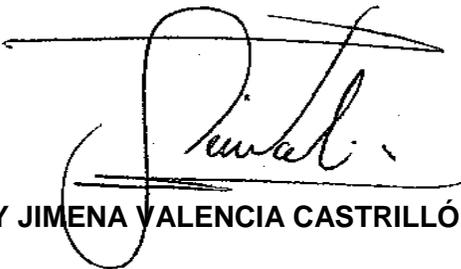
**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 30 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del DEMANDANTE, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**EDGAR RENDÓN LONDOÑO**



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-020-2022-00442-01
<b>DEMANDANTE:</b>	CLAUDIA PATRICIA BALAGUERA PINTO
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y Consulta Sentencia del 25 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Ineficacia traslado
<b>DECISIÓN:</b>	ADICIONA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contra la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLAUDIA PATRICIA BALAGUERA PINTO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-020-2022-00442-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP PROTECCIÓN, así como los subsiguientes traslados entre administradoras, encontrándose siempre afilada al RPM sin solución de continuidad. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. a la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; ordenar a Colpensiones reactivar su afiliación, considerando para todos los efectos legales que siempre ha estado vinculada al RPM, recibir sus aportes y rendimientos, actualizar, corregir su historia laboral y ponerla a su disposición; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de octubre de 1.965, motivo por el cual cuenta con 57 años en la actualidad. Que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral, cotizando a través de varias empresas. Que posteriormente se trasladó a la AFP Protección, sin que dicha sociedad le suministrara información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, menos aún se le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características o diferencias con el RPM, omitiendo asesorarla sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional. Que no se le mencionó cómo se consolidaría su derecho pensional, ni que podría hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la mesada, acotando que no recibió una asesoría por el personal capacitado que deben tener estas administradoras de pensiones. Concluyó advirtiendo que tampoco se le informó sobre la prohibición de traslado de régimen antes de los 10 años de consolidar la edad mínima de pensión.

---

<sup>1</sup> Páginas 5 a 19 Archivo 01 Expediente Digital

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que en ningún momento faltó a su deber de información, pues el consentimiento de la activa estuvo precedido de asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible por parte de la entidad, lo cual quedó plasmado en los formularios de vinculación, evidenciándose la buena fe y lealtad de sus asesores para procurar el bienestar de la afiliada en el mejor escenario posible.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada<sup>2</sup>.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó 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 la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que su traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y por tanto, no procedería el traslado de régimen pensional, de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003.

---

<sup>2</sup> Páginas 3 a 34 Archivo 04 Expediente Digital.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cosa juzgada, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica<sup>3</sup>.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de abril de 2023, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 7 de diciembre de 2000; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver los aportes de la actora, incluyendo en dichas sumas las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales, si los hubiere, a su respectivo emisor; absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que conforme a las pruebas recaudadas dentro del proceso y la jurisprudencia vigente se evidenció que a la demandante no le fue brindada una información completa, necesaria, suficiente y oportuna al momento de afiliarse al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., ya que solamente se encuentra el formulario de afiliación suscrito en ese momento por la actora, el cual no tiene la virtud de acreditar un consentimiento informado. Agregó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que los mismos se causan en ambos regímenes y, particularmente, cuando se generan en la AFP, son para cubrir lo concerniente a la cuota del seguro previsional que protege a la actora de los riesgos de invalidez y muerte, por lo que, ordenar su envío al RPM no es procedente.

---

<sup>3</sup> Páginas 3 a 43 Archivo 05 Expediente Digital

De otra parte, dada la declaratoria de ineficacia, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, en especial la de prescripción, dado que el asunto en discusión hace parte del derecho a la seguridad social. Añadió que tampoco se encuentra probada la cosa juzgada porque la parte accionada no allegó elementos de juicio para su prosperidad, aunado a que en el proceso que cursó ante el Juzgado 34 Laboral de este Circuito Judicial, se declaró no probada la excepción previa de falta de competencia, determinación que fue revocada por este Tribunal, ordenando el archivo del proceso, por manera que en dicho litigio no se efectuó un estudio de las pretensiones allí propuestas.

### RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que al trasladarse la demandante del RAIS al RPM, se estaría incurriendo en la prohibición legal, según la cual ello no es procedente cuando a una persona le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. Añadió que no existió una falta en el deber de información porque la AFP efectuó una asesoría y una re asesoría con el lleno de los requisitos, además, no puede dejarse de lado que cualquier persona que celebra un acuerdo de voluntades tiene el deber de ilustrarse para el efecto.

Dijo que no se ha generado una lesión al derecho a la pensión de la demandante, quien escogió el régimen de manera libre y voluntaria, en cumplimiento de los requisitos legales que le eran exigibles a la AFP para la época, por tanto, el traslado que realizó debe reputarse eficaz. Señaló que los dineros del RPM tienen la naturaleza de públicos, acotando que ese régimen depende de los mismos para conservar su sostenibilidad, por manera que permitir el retorno de una persona que se encuentra inmersa en una prohibición para ello, afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Advirtió que no es procedente imponer condena en costas de primera instancia, toda vez que Colpensiones no tuvo injerencia en la decisión de la parte activa de trasladarse, de suerte que tal condena le genera una doble afectación a la entidad.

Sostuvo que en caso de ratificarse la sentencia opugnada, debe ordenarse la devolución de los gastos de administración, seguros

previsionales y demás, porque la ineficacia involucra que el acto jurídico no surgió a la vida jurídica, entendiéndose que Colpensiones siempre fue el administrador de las cotizaciones de la demandante, aunado a que la falta de entrega de esas sumas por parte de la AFP, significaría premiarle su omisión en el suministro de la información a la afiliada.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLAUDIA BALAGUERA PINTO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

### **CONSIDERACIONES**

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

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar**

**al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN S.A.** (Página 45 archivo 04), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue clara al manifestar que fue reunida con sus compañeros de trabajo por una asesora de Protección, quien les dijo que el ISS se iba a “acabar”, por lo que la única opción que tenían era afiliarse a los fondos privados, los cuales eran entidades financieras, en donde el dinero estaría muy seguro, contrario a lo que sucedería en el RPM, donde el mismo “se iba a perder”, aunado a que su pensión en el RAIS sería mucho mayor. Que firmó el formulario de manera voluntaria, pero no le hablaron de rendimientos financieros, tampoco del carácter heredable de las cotizaciones, ni de los aportes voluntarios (Min. 12:16 a 18:28 archivo 10 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos financieros.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(…) 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. (…)”*

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros. Sin embargo, el A quo omitió referirse a los gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, conceptos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, como así lo peticona COLPENSIONES en su recurso de apelación.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las*

*leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, Colpensiones manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la condena en costas procesales de primera instancia, en su

contra. Al respecto, conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión del A quo, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, pues la posición de Colpensiones durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, y en razón a que sus argumentos no salieron adelante, fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial de la alzada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR el NUMERAL TERCERO** de la sentencia del 25 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR a PROTECCIÓN S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** los gastos de administración, los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, descontados a la convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con

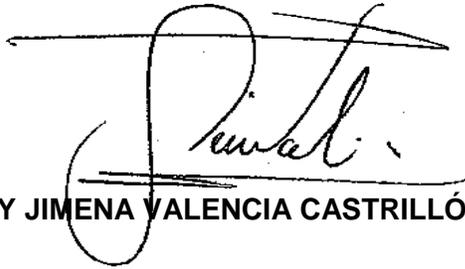
cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-032-2021-00251-01
<b>DEMANDANTE:</b>	CARLOS RAFAEL GARCÍA
<b>DEMANDADO:</b>	TRACTOCECO S.A.S y CARLOS ENRIQUE COLLAZOS ORTÍZ
<b>ASUNTO:</b>	Apelación sentencia 2 de diciembre de 2022
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Contrato de trabajo-reintegro
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, integrada por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora CARLOS RAFAEL GARCÍA contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CARLOS RAFAEL GARCÍA** contra la sociedad **TRACTOSECO S.A. y CARLOS ENRIQUE COLLAZOS ORTÍZ** con radicado No. **11001-31-05-032-2021-00251-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La parte promotora de la acción formula como pretensiones principales que se reintegre al demandante al cargo que venía desempeñando al momento del despido por encontrarse amparado por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y se paguen los salarios dejados de percibir desde el momento del despido injusto que efectuó la demandada sin el respectivo permiso del Inspector de Trabajo y hasta el día en que sea reintegrado a su cargo.

En subsidio solicita se pague al demandante el valor total de los salarios dejados de percibir por causa del despido injusto, ya que el contrato del demandante era a término fijo de 4 meses y tuvo renovaciones hasta convertirse en un contrato de trabajo a término fijo de un año; el pago de las cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones por todo el tiempo laborado con el salario realmente devengado; el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y la indemnización por despido sin justa causa proporcional al tiempo laborado.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó, en síntesis, que en virtud de un contrato verbal, el actor inició a prestar sus servicios para el señor ENRIQUE COLLAZOS ORTÍZ el 6 de octubre de 2004 como conductor de la tractomula de su propiedad. Que el señor ENRIQUE COLLAZOS ORTÍZ y su cónyuge crearon la empresa denominada TRACTOCECO S.A.S. el 20 de octubre de 2017 quedando vinculado el actor con la mencionada empresa bajo el mismo vínculo laboral, lo que se prorrogó de forma indefinida.

La nueva empleadora afilió al demandante por un periodo corto a la EPS COMPENSAR el 14 de noviembre de 2017 y ante la negativa de la empleadora de afiliarlo a seguridad social, el demandante pagaba de sus propios ingresos los aportes respectivos.

Que el salario pactado era el básico más comisiones del 8% del valor del flete de cada viaje por lo que en promedio devengaba \$1.800.000 y que debido al cargo ejercido empezó a presentar problemas de salud en sus riñones y una enfermedad cerebrovascular, que lo limita para el desempeño

---

<sup>1</sup> Archivo 1 fs. 34-43 Expediente Digital

de su labor y el 18 de octubre de 2020 sufrió un infarto cerebrovascular que hasta el día de hoy lo tiene incapacitado. Que la empleadora no le ha colaborado y debido a su enfermedad le cancelaron el contrato de trabajo el 18 de octubre de 2020, sin explicación alguna.

La empleadora no le efectuó liquidación final de prestaciones sociales, nunca le consignaron cesantías a un fondo y en varias oportunidades se suscribieron diferentes contratos de trabajo y de prestación de servicios y como no fue afiliado a seguridad social no le expidieron incapacidades y no puede reclamar la pensión de invalidez.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

La parte demandada conformada por TRACTOCECO S.A.S. y CARLOS ENRIQUE COLLAZOS ORTÍZ contestó la demanda a través de apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho relacionado con la afiliación a seguridad social por parte del demandante y negó lo manifestó que no le constan los demás. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del contrato de trabajo por falta de subordinación como elemento esencial, prescripción, temeridad del demandante, mala fe del demandante, falta de los elementos esenciales del contrato de trabajo y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 2 de diciembre de 2022 (archivos 17-18), declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo por falta del elemento de subordinación como elemento esencial del contrato. Absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión manifestó que se debían acreditar en el proceso los elementos del artículo 23 del CST para que, reunidos estos, se pudiera declarar la existencia de un contrato de trabajo y conforme al

---

<sup>2</sup> Archivo 4 fs. 3-12 Expediente Digital

artículo 24 se establece que acreditada la prestación del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo y le corresponde al empleador desvirtuarla. Indicó que la parte demandante cumplió con la carga de demostrar la prestación del servicio lo que fue aceptado por los demandados, respecto a la prestación de los servicios como conductor acorde con el interrogatorio del demandado Collazos Ortiz, desde el 6 de octubre de 2014 hasta septiembre u octubre de 2017, quien refirió que le pagaba honorarios más una comisión del 8% de los viajes y fue reconocida la prestación de servicios por la representante de TRACTOCECO S.A.S., en el interrogatorio de parte y el porcentaje de los viajes. Igualmente, acorde con los testimonios allegados al proceso y la prueba documental aportada, señala que no existió contrato de trabajo, el demandante devengaba honorarios, no tenía un horario de trabajo y el que remitía la carga era quien fijaba la fecha de entrega; el demandante era quien cancelaba su seguridad social, la empresa no generaba la carga, los conductores buscaban el viaje y el generador de la carga era quien les daba el manifiesto, ellos conseguían la carga y cada 3 o 4 meses sacaban cuentas, hacían 4 viajes al mes y a veces no había carga. Reiteró que los testigos señalaron que el conductor era quien conseguía la carga, y ellos eran autónomos después de cargar el vehículo; recibían una comisión mensual, escogían los viajes, los reportaban y viajaban para las ciudades que ellos quisieran. El acuerdo era un básico más un porcentaje y ellos pagaban su seguridad social, ellos planillaban la carga, y el control lo hacía el dueño de la carga, por parte de la demandada no había horario, sino que cada conductor era independiente y quienes señalaban los parámetros eran los dueños de la carga.

En cuanto a las órdenes de prestación de servicios las daban las empresas que generan la carga. Cada conductor es independiente y maneja cuando le acomoda y tiene que cumplirle a la empresa que genera la carga y podían durar 2 o 3 meses sin ir a la empresa. No aceptó las tachas por sospecha de 2 de los testigos, pues son personas que conocen de primera mano las labores ejecutadas por el actor y sus dichos fueron coincidentes con los de los demás testigos.

Conforme a las pruebas consideró que no existió subordinación respecto de los demandados, sino que se le entregaron diferentes vehículos para que los operara de manera independiente y conforme a la carga que

movilizaba se hacía una repartición de las utilidades, por lo que no puede hablarse de un contrato de trabajo pues no está presente el elemento subordinación necesario para su declaratoria.

Señaló respecto al reintegro que independientemente de la clase de contrato, de las pruebas documentales allegadas, si bien se podía verificar que el actor tuvo un accidente cerebrovascular, no hay prueba de la pérdida de capacidad laboral por lo que no encontró acreditada la estabilidad reforzada conforme al artículo 167 del CGP, que refiere que incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que la parte persigue y por ende no prosperaba esta pretensión, por lo que declaró probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo por falta de la subordinación como elemento esencial y condenó en costas al actor.

## **APELACIÓN**

La parte demandante interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que se demostró que el demandante prestó sus servicios desde el 6 de octubre de 2004 como conductor de tractomula de la parte demandada, que los demandados constituyeron la empresa TRACTOSECO S.A.S. y que el demandante continuó prestando los servicios en igual forma. Que estando en cumplimiento de sus labores tuvo un ataque al cerebro por lo que fue llevado a la clínica COMPENSAR y se encuentra en desmejora de su parte cerebral. Que en el último año tenía un salario de \$1.800.000 y que los demandados lo habían afiliado a la EPS y a la ARL, por lo que deben responder por la incapacidad que se le ha dado al demandante. Que el 18 de octubre de 2020 cuando se enfermó le fue terminado el contrato de trabajo y estuvo bastante tiempo recluido en la clínica, por lo que ante el no pago de las prestaciones solicita se le paguen las acreencias correspondientes y las incapacidades.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, y los fundamentos de la apelación se procede a resolver por esta Sala de Decisión, en cumplimiento de sus atribuciones legales, como problema jurídico en el *sub lite*, establecer si entre las partes existió un contrato de trabajo y si es procedente el pago de las prestaciones correspondientes al tiempo laborado y el reintegro del trabajador dadas sus condiciones de salud, en atención al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

### **CONSIDERACIONES**

No ha sido objeto de controversia entre las partes que el actor prestó sus servicios a los demandados, lo que se controvierte es que no existió subordinación y dependencia en la prestación del servicio y que el actor tiene derecho al reintegro conforme a la Ley 361 de 1997.

Lo primero a analizar en este caso es si se desvirtuó la presunción establecida en el artículo 24 del CST, toda vez que fue aceptado por los demandados en sus interrogatorios de parte que el actor prestó sus servicios desde el 6 de octubre de 2004 y no volvió a laborar después de su enfermedad, para lo que se procede a revisar las pruebas allegadas al proceso, de la siguiente manera:

A folio 2 del Cuaderno 1 obra un manifiesto de carga de agosto de 2014 conforme al cual el propietario del vehículo era el demandado Enrique Collazos, el conductor era el demandante Rafael García y el propietario de la carga era Mundial de Tornillos S.A.

A folio 3 obra un contrato de vinculación temporal -Encargo a terceros sin firmas y sin que se observen los nombres de las partes; a folios 53-55 obra

contrato de prestación de servicios entre el demandante y TRACTOCECO S.A.S. sin la firma de la representante legal de la demandada, para la prestación de servicios de conducción de manera independiente y sin subordinación laboral, en el que son ilegibles algunos apartes y en especial la duración o plazo del contrato y la remuneración.

A folio 56 obra certificación de FAMISANAR conforme a la cual el actor estuvo afiliado a salud por COLLAZOS ORTÍZ CARLOS ENRIQUE entre septiembre y noviembre de 2017 y con otras empresas como AS ANDINA, SERVIDINÁMICOS S.A.S, AGROINDUSTRIALES y MATERIALES DE COLOMBIA, ASESORÍAS LOGÍSTICAS, PROVEEMOS TALENTO S.A. y ALIANZA FLP SAS entre abril de 2013 y el 30 de septiembre de 2017 y con TRACTOCECO S.A.S. solo en el mes de noviembre de 2017. Los manifiestos de carga que obran a folios 57 a 102 no contienen datos relacionados con las partes del proceso.

Conforme a las certificaciones expedidas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el actor estuvo afiliado a la ARL como trabajador de SERVICARGO Y SERVICIOS S.A.S. desde el 10 de mayo de 2019 al 30 de junio de 2020. (f. 58)

También estuvo afiliado a la ARL mencionada (f. 59) como trabajador de ASESORÍAS LOGÍSTICAS S.A.S entre el 6 de mayo de 2017 y el 1º de agosto del mismo año; con la empresa JAIRO PARDO como trabajador entre el 1º de diciembre de 2004 hasta el 30 de junio de 2010 (f. 60) y desde el 1º de septiembre de 2008 al 1º de septiembre de 2009 como contratista independiente de COLLAZOS ORTÍZ CARLOS ENRIQUE (f. 62). Con la ASOCIACIÓN ANDINA PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y HUMANO en calidad de trabajador dependiente desde el 6 de abril de 2013 al 1 de noviembre del mismo año (f. 63) y nuevamente como trabajador dependiente fue vinculado por la empresa COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE COLOMBIA entre el 22 de julio de 2008 y el 19 de septiembre del mismo año (f. 64).

En el interrogatorio de parte el demandante CARLOS RAFAEL GARCÍA manifestó respecto al vínculo con los demandados, que la actividad era manejar una mula todo el tiempo y que le pagaban por ello; la señora Nubia

o Don Enrique lo llamaban para que fuera a cargar a donde fuera, ellos conseguían la carga; nunca puso a otra persona a manejar, no le impusieron reglamento, no tenía horario era a cualquier hora, duraba 2 o 3 días y conducía de 5 am a 10 pm conforme al dueño de la carga, su pago era cada 4 meses que sacaban cuentas, le pagaban el mínimo y lo que hacía en el mes (porcentaje) el 8%; le daban un anticipo para los gastos de viaje. Empezó el 6 de octubre de 2004 y hasta el 18 de octubre de 2020 que se enfermó en el parqueadero cuando regresaba de Buenaventura. El contrato y todo fue verbal y sin interrupción.

JAIME ORLANDO SOLER GUACANEME conoce al demandante hace 45 años, laboró con los demandados dos años aproximadamente (no recuerda las fechas) pero fue hace unos 10 años; dice que el actor laboró con ellos como conductor de tractomula desde octubre de 2004 y hasta finales de 2020 cuando tuvo problemas de salud, lo sabe porque es muy allegado a la casa del demandante; el contrato era verbal, el salario era un básico de \$1.000.000 y comisiones del 8% del producido bruto del vehículo, "*viaje hecho viaje cuadrado*", del viaje se descuenta combustible y peajes, las órdenes de prestación de servicios era informar los viajes que transportaba y por cuál empresa se cargaba, el conductor consigue la carga y los demandados daban el visto bueno. El conductor cancelaba la seguridad social y al momento de enfermarse estaba en mora. La salud de él no dio para más y por eso no pudo volver a trabajar, los demandados no se hicieron presentes, no le han consignado prestaciones, lo que sabe porque se lo comentaron. En el tiempo que compartió actividades con el actor era autónomo una vez que cargaba el viaje, el conductor consigue la carga y los demandados daban el visto bueno, él escogía el viaje para donde quería ir, buscaba el viaje, llamaba a las empresas, él tiene los contactos y se pone a disposición de esas personas, luego carga el vehículo y el dueño de la carga es el que lo va a controlar y se moviliza hasta donde ellos le digan y hasta qué hora, en esa parte el dueño del carro no tiene injerencia.

RUDECINDO CUBILLOS, dijo conocer al actor desde 1980, manejada tractomula, distingue al demandado señor Collazos, pero no laboró con ellos. El actor trabajó para el declarante hasta que en el 2004 se fue a trabajar con

el señor Collazos hasta que se enfermó, lo que le comentaron a finales de octubre del año pasado (2021). Se encontraban en la carretera, no vio documentos de propiedad de los carros que manejaba el actor. No sabe qué acuerdos tenían ellos, ni de salario o la afiliación, dice que en las empresas donde van a cargar no lo dejan si no ha pagado seguridad social. El actor no volvió a trabajar después de la enfermedad y no le consta que esté pensionado; él le dijo que no le han pagado. Ha escuchado que las hijas dicen que sigue en tratamiento médico. El dueño de la carga les exige llegar a una determinada hora y otras veces tiene que parar hasta que el propietario de la carga autorice continuar.

RAUL COLLAZOS ORTÍZ manifestó ser conductor de TRACTOCECO hermano de CARLOS ENRIQUE COLLAZOS (tacha de sospecha) conoce al demandante por ser conductor con su hermano hace unos 20-25 años y hasta el año pasado (2021), después de la pandemia porque tuvo un percance de salud. El acuerdo de pago era un básico (\$1.000.000) más un porcentaje (8%) sobre la utilidad del vehículo en el mes y del básico se paga la seguridad social. Hay mucha independencia en las actividades, ellos (conductores) van a las empresas donde los conocen y consiguen la carga, si es tarde en la noche lo planilla para la hora que quiera arrancar el trayecto; el control lo ejercen las empresas dueñas de la carga, no hay reglamento. El conductor paga la seguridad social porque ese es el acuerdo y ellos se lo devuelven. El porcentaje es del 8%, no tienen un horario determinado, pueden decidir el día que sale a descansar o cuando sale de viaje. No sabe de contrato porque cada uno es independiente. Las empresas (dueñas de la carga) eran las que daban las órdenes y solo si necesita ir a un taller o mecánico llamaba a los demandados, pero a veces no les obedecían, porque podían ir a otro taller. Él trabajaba cuando quisiera, podía decidir descansar o ir a cargar. Sabe que después de la enfermedad no volvió a trabajar, pero no vio documentos. No sabe de pagos, no sabe cuál era el promedio, pero cree que \$1.800.000.

MILLER JAIRO LUENGAS conoce al demandado y a su esposa porque trabajó con el señor Collazos durante 3 años más o menos, eso fue hace unos 8 años, no conoce como era el acuerdo entre el actor y los demandados, pero el declarante dice que cuando laboraba buscaba la carga y viajaba para todo

el país; ganaba un porcentaje del flete, trabajaba a su acomodo, buscaba la carga y los viajes, pedía un anticipo del que sacaba su porcentaje y pagaba su seguridad social, cree que para el actor era igual. Recibía órdenes de prestación de servicios de la empresa transportadora porque es la que le da el viaje, el dueño de la carga. Él podía elegir la carga que más le conviniera, el señor Collazos no le imponía la carga o los lugares donde transportarla, no había reglamentos ni manual de trabajo. Pedía el anticipo y de ahí sacaba su sueldo, no sabe cuánto ganaba el demandante ni conoce de la firma de un contrato o de órdenes de prestación de servicios de los demandados. No sabe de la enfermedad del actor, le dijeron que estaba enfermo, pero no conoce si por eso no trabaja ya. A veces se veían en el camino, pero no más.

JULIO CÉSAR VELANDIA conductor de tractocamión para TRACTOCECO desde el 2017 y con el señor Collazos desde el 2009 más o menos, conoce al actor por hacer la misma labor que él hasta que se enfermó, cree que hace 2 años. El actor conducía un tractocamión, no conoce como era el acuerdo entre este y el señor Collazos, todos trabajaban igual, entre más trabaja más gana. El carro se lo entregan tanqueado, va y carga y sale y al otro día descarga, pero si quiere descansa. Reciben unos honorarios mensuales y el 8% de la carga, ellos pagan su seguridad social, son independientes. En Bogotá él llama a las empresas (dueñas de la carga) y ello los envían a cargar, cuando llegan a la ciudad donde van, llaman nuevamente a las empresas y ellos le dicen si hay carga y vuelve a iniciar; escoge la carga que más le dé plata, aunque de TRACTOCECO le llamen para recoger carga pues cuando hay otra carga que le conviene más, escoge la que le conviene; nadie le dice cuando tiene que arrancar con el viaje, hay libertad (él prefiere el Valle que la Costa porque puede hacer más viajes), cada uno se hace cargo de lo suyo, no tienen que cumplir horarios ni nada de eso. El dueño del vehículo no hace nada, porque ellos no son los generadores de carga, lo único que hacen es darle el anticipo. No le consta que recibiera órdenes, porque él mismo hace todo, cuando se termina el mes hacen cuentas y le pagan. A veces se encontraba con el actor en el camino, no sabe cómo trabajaba el actor, aclaró que dijo lo que él hizo.

SERGIO ESTEBAN BRICEÑO PEÑA trabaja en Los patios de la Fiscalía, trabajó con los demandados durante 4 años 2017-2021 era administrativo, la

señora MARÍA NUBIA PEÑA es tía de su esposa (tacha de sospecha), dijo conocer al actor porque trabajaron en TRACTOCECO. El demandante era conductor, el contrato era de prestación de servicios (así le dijeron), pero no le consta que hubiera firmado algún documento, ni el acuerdo al que llegaron; no sabe desde cuándo trabajaba, no recuerda si el actor ya estaba con ellos antes de que él llegara. Sí estuvo presente al momento de los pagos y sabe que firmaban una cuenta donde hacían la relación de los viajes y del porcentaje. No sabe de afiliación a seguridad social, pero sabe que para conseguir la carga tiene que estar afiliado. La carga no se gestiona en la empresa, porque ellos no son generadores de carga, sino que los conductores van a las empresas que la generan y que expiden los manifiestos y miran a ver cuál le conviene, dependiendo del valor. TRACTOCECO no puede tener injerencia porque los conductores van de ciudad en ciudad, el pago eran unos honorarios y un porcentaje del 8% sobre el valor del flete de la carga que transportara. No daban órdenes, porque eso lo hace el dueño de la carga quien le da el horario para transitar y el día, hora para el cargue y descargue. No le imponían reglamento, no se controlaba el horario, el conductor es independiente, hablaban por celular y cuando llegaban a Bogotá para hacer mantenimiento a las tractomulas; podía durar 2 o 3 meses sin venir a Bogotá, era relativo, y cuando llegaba traía los manifiestos para hacer un cruce de cuentas con los anticipos. Si se presentaba algún incidente con el vehículo, el conductor llamaba y los dirigían a una mecánica o le enviaban a uno. No sabe de la enfermedad del actor, ni conoce la fecha hasta la que trabajó, sino que le dijeron que había tenido un desmayo en Soacha, pero nada más. Sabe que Enrique le giró para ayudarlo durante la enfermedad y no le consta que volviera a trabajar a la empresa.

De las pruebas testimoniales recibidas, si bien es posible establecer que el actor sí se vinculó con los demandados desde octubre de 2004, lo cierto es que no es posible concluir la existencia del elemento subordinación necesario para declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo, como lo solicita la recurrente, pues ninguno de los testigos afirmó que el demandante estuviera bajo la subordinación y dependencia de la EMPRESA TRACTOCECO S.A.S. o del señor ENRIQUE COLLAZOS, sino que el actor era independiente, ya que podía decidir cuál carga recogía, el horario y la ciudad a la que más le

convenía viajar; por el contrario quien sí imponía un horario para transportar la carga y la hora de cargue y descargue era el dueño de la mercancía que transportaba. Contrario a lo indicado por la recurrente, no se impartían órdenes al demandante e incluso si la empresa tenía una carga y le comunicaba al actor de ella, éste podía decidir si le convenía o no tomarla.

Por otra parte, analizada la prueba documental allegada, se corrobora que el actor era independiente en su labor, pues con la certificación de FAMISANAR (f. 56) se acredita que el demandante estuvo afiliado a salud con diferentes empleadores, entre ellos AS ANDINA, SERVIDINÁMICOS S.A.S, AGROINDUSTRIALES y MATERIALES DE COLOMBIA, ASESORÍAS LOGÍSTICAS, PROVEEMOS TALENTO S.A. y ALIANZA FLP SAS entre abril de 2013 y el 30 de septiembre de 2017 y con los demandados solo entre septiembre y noviembre de 2017, es decir, que el actor prestó sus servicios a otras empresas, por lo menos entre abril de 2013 y septiembre de 2017.

Adicionalmente, conforme a las certificaciones expedidas por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., el actor estuvo afiliado a la ARL como trabajador de SERVICARGO Y SERVICIOS S.A.S. desde el 10 de mayo de 2019 al 30 de junio de 2020 (f. 58), con ASESORÍAS LOGÍSTICAS S.A.S entre el 6 de mayo de 2017 y el 1º de agosto del mismo año (f. 59), con la empresa JAIRO PARDO como trabajador entre el 1º de diciembre de 2004 hasta el 30 de junio de 2010 (f. 60), con la ASOCIACIÓN ANDINA PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y HUMANO desde el 6 de abril de 2013 al 1 de noviembre del mismo año, como trabajador dependiente (f. 63), y con la empresa COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO DE COLOMBIA entre el 22 de julio de 2008 y el 19 de septiembre del mismo año (f. 64).

También estuvo afiliado como contratista independiente desde el 1º de septiembre de 2008 al 1º de septiembre de 2009 con COLLAZOS ORTÍZ CARLOS ENRIQUE (f. 62).

Las anteriores pruebas permiten determinar que en efecto el actor prestó sus servicios a diferentes empresas desde el año 2004 y hasta el año 2020, y que durante la vinculación con los demandados lo hizo con plena

autonomía e independencia, pues se reitera podía escoger de manera libre la carga que transportaría dependiendo de su conveniencia en cuanto al lugar a donde se dirigía y el valor de esta, pues del flete de la mercancía dependía el ingreso ya que el porcentaje del 8% se cancelaba sobre el valor del flete y si le convenía la ciudad a donde se dirigía la carga, ya que a mayor cantidad de viajes mejores ingresos, es decir, que el actor nunca fue un trabajador de los demandados.

Ahora, en cuanto al reintegro es claro que conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en ningún caso la limitación de una persona puede ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, no puede ser despedido o su contrato terminado por tal razón, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo; sin embargo, en este caso resulta inane echar mano de dicha protección, al ser claro que el actor no estaba vinculado laboralmente con los demandados, ya que no existió entre las partes una relación laboral, sino que el actor era independiente y prestaba sus servicios como conductor a diferentes empresas como se puede constatar con la documental allegada. Tampoco se aportó prueba documental o testimonial con relación a que los demandados hubieran dado por terminada su vinculación, prueba que le correspondía a la parte actora allegar.

En este caso, es claro que el actor no era un trabajador de los demandados como quedó establecido, no se probó el hecho del despido o de la terminación del vínculo y menos aún, que ello se debiera a la enfermedad del actor, ya que según la calificación de la enfermedad la fecha de estructuración fue el 18 de marzo de 2021 por las secuelas del accidente cerebrovascular del 18 de octubre de 2020, lo que no fue informado a los demandados y revisada la historia clínica no se hizo mención a su actividad, ni a los demandados, por lo que no es posible determinar que existió una discriminación al demandante dado su estado de salud y que debido a esta condición se terminó la prestación del servicio.

Por lo expuesto, se confirmará en todas sus partes la sentencia objeto de apelación. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora por cuanto

no salió avante el recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha dos (2) de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte actora-recurrente. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-0373-2017-00787-01
<b>DEMANDANTE:</b>	MARÍA JOHANNA MORALES LARA
<b>DEMANDADO:</b>	INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO-ICA DE MÉXICO S.A.S. Y OTROS
<b>ASUNTO:</b>	Apelación Sentencia del 25 de abril de 2022
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Contrato por obra o labor determinada-indemnizaciones-reajuste salarial
<b>DECISIÓN:</b>	REVOCA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por la DEMANDANTE y las DEMANDADAS ICA DE MÉXICO S.A.S. y MASA en contra de la sentencia del 25 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA JOHANNA MORALES LARA** contra **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO - ICA DE MÉXICO S.A.S., MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. MASA, ECOPETROL S.A. y CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-033-2017-00787-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La demandante pretende que se declare que entre ella e **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO-ICA DE MÉXICO S.A.S., MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. MASA** como integrantes del consorcio **PIPELINE MAINTENANCE ALLIANCE** y solidariamente **ECOPETROL S.A.** y **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROARBUROS S.A.S.** existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada del 4 de diciembre de 2013 al 31 de diciembre de 2018, en virtud del principio de la realidad, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa el 28 de febrero de 2017 y, que fue despedida de manera discriminatoria una vez regresó de su licencia de maternidad; como consecuencia de ello, condenar a **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO ICA DE MÉXICO S.A.S., MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. MASA** y solidariamente a **ECOPETROL S.A.** y **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.** al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, el incremento salarial por el cambio del cargo de Coordinador HSE a HSE Operativo entre el 16 de febrero de 2016 y el 28 de febrero de 2017, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que se declaren 3 contratos a término fijo inferior a un año ejecutados del 3 de diciembre de 2013 al 26 de enero de 2014, del 27 de enero de 2014 al 24 de abril de 2014 y del 25 de abril de 2014 al 29 de julio de 2014, así como 3 contratos a término fijo de un año ejecutados del 30 de julio de 2014 al 29 de julio de 2015, del 30 de julio de 2015 al 29 de julio de 2016 y del 30 de julio de 2016 al 30 de julio de 2017, de los cuales el último fue terminado por la parte pasiva de manera unilateral y sin justa causa el 28 de febrero de 2017; como consecuencia, condenar a las demandadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa, a razón de los salarios causados entre el 1º de marzo y el 30 de julio de 2017.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO - ICA DE MÉXICO S.A.S.** y **MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. MASA** como miembros del consorcio **PIPELINE MAINTENANCE ALLIANCE**, suscribieron contrato comercial No. MA-0032889 con Ecopetrol S.A. para la ejecución de obras y trabajos de mantenimiento de

---

<sup>1</sup> Páginas 533 a 556 Archivo 01 Expediente Digital.

sistemas de transporte de hidrocarburos zona sur con vigencia 2013-2018, el cual dispuso de manera expresa en su cláusula octava que era obligación del contratista contratar profesional en materia HSE, acotando que el cargo de Coordinador HSE y HSE operativo, constituía uno de los cargos principales y de mayor impacto para la ejecución del contrato, conforme quedó plasmado en el mismo.

Que fue vinculada para desempeñar el cargo de Coordinador HSE el 4 de diciembre de 2013, bajo la modalidad de contrato de trabajo por la duración de la obra y labor determinada, teniendo como asignación pagadera quincenal, la suma de \$4.692.480. Que la duración de la relación laboral lo fue inicialmente hasta completarse el 3,39% de la ejecución del contrato comercial, sin embargo, se firmaron diversos Otros sí de manera sucesiva y continua, sin existir ninguna interrupción, modificando el porcentaje de ejecución hasta el 44.22%.

Que el 16 de febrero de 2016, suscribió con el Consorcio Pipeline Maintenance Alliance, nuevo contrato de trabajo por la duración de la obra o labor contratada cambiando su cargo de Coordinador HSE a HSE Operativo I, con una asignación salarial pagadera de manera quincenal, por suma total de \$3.898.170, teniendo como objeto la prestación de los servicios hasta completarse el 31,11% de ejecución de las órdenes de trabajo PMA-IB-LIN-022-16 y PMA-IB-LIN-023-16, expedidas en desarrollo del contrato comercial aludido. Que sobre dicho nexo se suscribió Otrosí el 27 de febrero de 2016 para prestar servicios hasta completarse el 64,44% de ejecución de las órdenes en mención. Que el 14 de marzo de 2016, se suscribió segundo Otrosí para prestar servicios hasta completarse el 100% de ejecución de las órdenes en mención, además, el 31 de marzo de 2016 el Consorcio Pipeline Maintenance Alliance, le comunicó la terminación de dicho contrato.

Que el 1º de abril de 2016, firmó nuevo contrato de trabajo por la duración de la obra o labor determinada con el Consorcio en referencia, para desempeñar el cargo de HSE Operativo I, hasta completarse el 47,51% de ejecución del contrato comercial tantas veces mencionado, pactándose un salario de \$3.898.170. Que respecto de dicho contrato se firmaron 14 Otrosí, ampliando la duración del contrato laboral al 64,99% de ejecución del vínculo comercial.

Que estuvo en período de gestación entre marzo y noviembre de 2016, teniendo un embarazo de alto riesgo, puesto que su bebé nació de 37 semanas, de las cuales el último mes de gravidez estuvo incapacitada, por lo que debió ser relevada de sus visitas a campo, limitándose sus labores a actividades de oficina. Que su licencia de maternidad tuvo lugar del 16 de noviembre de 2016 al 21 de febrero de 2017, sin embargo, en ese interregno celebró 4 Otrosí al contrato de trabajo. Que una vez se reincorporó a sus labores, el 28 de febrero de 2017 le fue notificada la terminación del contrato de trabajo, por la presunta finalización del porcentaje de obra para el cual fue contratada, empero, a tal data el contrato MA 0032889 aún no había finalizado, pues su finiquito solo ocurrió el 31 de diciembre de 2018. Que se le modificó el salario desde el 16 de febrero de 2016, pese a que continuó ejecutando las mismas funciones y labores.

Añadió que el contrato comercial fue cedido por Ecopetrol a su filial Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. Que ambas empresas fueron beneficiarias de las obras desplegadas por el Consorcio PMA, y es por ello que, elevó la correspondiente reclamación ante ellas, sin embargo, no recibió ninguna respuesta de CENIT.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S.-ICA DE MÉXICO S.A.S. Y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S.<sup>2</sup>**

Los miembros del consorcio PMA, contestaron el libelo introductor oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que las 3 relaciones laborales fueron celebradas por la demandante directamente con el consorcio al cual pertenecía, acotando que la última de ellas finalizó por la terminación de la obra o labor contratada suscrita mediante Otrosí al contrato de trabajo del 14 de febrero de 2017, pues se prestaron los servicios hasta el 64,99% de ejecución del contrato MA 0032889 suscrito entre el empleador y su cliente, por manera que no existió terminación sin justa causa. Añadieron que el cargo y salario de la demandante fueron acordados

---

<sup>2</sup> Folios 561 a 578 Archivo 01 y 84 a 101 Archivo 02 Expediente Digital.

de manera libre y espontánea por las partes, sin que se demuestre o aporte prueba alguna de que el salario de la actora fue discriminatorio o injusto respecto de otras personas con el mismo cargo. Dijeron que al terminar la licencia de maternidad de la convocante, no existía ninguna presunción que establezca que se actuó en forma discriminatoria.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y de la obligación, improcedencia de indemnización, prescripción, compensación, buena fe y pago.

### **ECOPETROL S.A.<sup>3</sup>**

La demandada contestó el libelo introductor oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que la demandante no fue, ni ha sido su trabajadora, por manera que no le constan los hechos en que se apoya sobre la vinculación laboral a que hace referencia en el texto de la demanda. Acotó que el consorcio demandado conformado por MASA e ICA DE MÉXICO S.A.S., así como CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS, son personas jurídicas diferentes e independientes a ECOPETROL S.A. Concluyó advirtiendo que en el caso analizado no se configuran los presupuestos de la solidaridad perseguida, pues la actividad desarrollada por el Consorcio PIPELINE MAINTENANCE ALLIANCE en virtud del contrato No. MA-0032889 no hace parte del objeto social principal de la empresa, ni de sus actividades conexas o complementarias.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de solidaridad a cargo de Ecopetrol S.A. buena fe y la genérica.

### **CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S.<sup>4</sup>**

Esta sociedad contestó el libelo introductor oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que no es solidariamente responsable de las peticiones efectuadas por la demandante, al no cumplirse

---

<sup>3</sup> Folios 400 a 424 Archivo 02 Expediente Digital.

<sup>4</sup> Folios 2 a 22 Archivo 03 Expediente Digital.

los requisitos previstos en el artículo 34 del CST, pues el objeto del contrato celebrado entre el Consorcio PMA y Ecopetrol no hace parte de sus actividades normalmente desarrolladas, además que las labores de la demandante en el cargo de Coordinador HSE individualmente consideradas tampoco se relacionaban con las de la sociedad. Añadió que el contrato comercial de Ecopetrol le fue cedido parcialmente, pero solo a partir del 1º de diciembre de 2015, por lo que no es válido temporalmente declarar la solidaridad y en todo caso, la actora no cumple con su deber de probar que efectivamente estuvo al servicio de ese contrato comercial, en aquellos servicios cedidos a CENIT, no existiendo certeza de la empresa de que haya sido beneficiaria suya. Concluyó advirtiendo que nunca actuó como empleadora de la actora, motivo por el cual no le adeuda ningún tipo de rubro laboral.

Propone como excepciones previas y de fondo las que denominó: Falta de competencia por no haber agotado la reclamación administrativa, inexistencia de la causa y de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción, buena fe y compensación.

#### **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA.<sup>5</sup>**

La llamada en garantía contestó el libelo introductor aduciendo que se abstiene de hacer un pronunciamiento respecto de las pretensiones de la activa, toda vez que desconoce los fundamentos fácticos de las mismas; además, se opuso al llamamiento en garantía, por considerar que el evento que materializa el eventual perjuicio, se encuentra por fuera de la cobertura de la garantía otorgada por la aseguradora, pues esta tiene una vigencia del 1º de enero de 2018 al 30 de abril de 2020.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Justa causa de terminación del contrato laboral, imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, ausencia de la cobertura de la póliza por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma lo cual conlleva a una falta de legitimación en la causa respecto del llamamiento en garantía efectuado por CENIT S.A.S., ausencia de

---

<sup>5</sup> Folios 222 a 234 Archivo 03 Expediente Digital.

cobertura de indemnizaciones diferentes a la establecida en el artículo 64 del CST-no cobertura de las indemnizaciones moratorias, falta de aviso sobre el siniestro a la aseguradora, límite de la responsabilidad y la genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 25 de abril de 2022, declaró que entre la demandante e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S.-ICA DE MÉXICO S.A.S. y MECÁNICOS ASOCIADOS S.A.S. como integrantes del consorcio PIPELINE MAINTENANCE ALLIANCE, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada del 4 de diciembre de 2013 al 29 de febrero de 2019, la cual fue terminada por las demandadas en mención de manera unilateral y sin que mediara justa causa comprobada; les condenó a las sumas de \$123.101.280 por indemnización de que trata el artículo 64 del CST, junto con las diferencias salariales generadas entre el 16 de febrero de 2016 y el 28 de febrero de 2017, teniendo como último salario el devengado por la demandante como Coordinadora HSE, esto es, \$5.129.220, para un total de \$15.306.055, junto con la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, a razón de un día de salario de \$170.974 por un día de retardo en el pago de las diferencias, desde el 28 de febrero de 2017 hasta el 29 de febrero de 2019, e intereses moratorios a partir del 1º de marzo de 2019 hasta la fecha efectiva del pago de las diferencias, la cual liquidada al 30 de abril de 2022, asciende a la suma de \$126.531.314; absolvió a ECOPETROL S.A. y a CENIT S.A.S. de la responsabilidad solidaria deprecada; declaró no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación y la solidaridad, cobro de lo no debido y las demás propuestas por la demandante; absolvió a la aseguradora CONFIANZA del llamamiento en garantía y condenó en costas a las demandadas integrantes del Consorcio PMA.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que si bien en el contrato de obra o labor celebrado por las partes se establecieron unos porcentajes para atar la obligación contractual de la actora, lo cierto es que los mismos estaban íntimamente ligados al contrato comercial firmado entre el Consorcio PMA y Ecopetrol, en el que no había períodos en los cuales no existiera el mecanismo de prevención para la seguridad de los trabajadores, pues el mínimo de obligaciones del consorcio demandado implicaba que debía

tener un HSE Operativo en lugares en donde existieran al menos 20 trabajadores, por tanto, los Otrosí suscritos para prolongar el contrato de la activa correspondieron a un desarrollo formal, alejado de la ejecución real del contrato de trabajo, pues en ellos no se establecieron fechas en cuanto a los porcentajes de obra y solo aparentaron la facultad legal del empleador de terminar el nexo laboral, sin previo aviso y sin el reconocimiento de las indemnizaciones legales. Así, advirtió que en virtud del principio de la realidad, entre el consorcio convocado y la demandante existió un contrato de obra o labor determinada entre el 4 de diciembre de 2013 y el 24 de febrero de 2019, aclarando que esta última fecha se corresponde con la terminación del contrato comercial celebrado entre el empleador y Ecopetrol, como así se dijo en el informe rendido por la representante de Cenit.

Adujo que cuando se celebró con la convocante el segundo contrato de trabajo, se efectuó un cambio de cargo y de salario, que no se encuentra debidamente justificado, pues de las documentales y la prueba testimonial, no se desprende una variación significativa en las funciones encomendadas a la convocante, en el interregno comprendido entre febrero de 2016 y febrero de 2017, por tanto, procede el reajuste salarial a favor de la demandante por tal período, teniendo en cuenta para el efecto el salario correspondiente al cargo de Coordinador HSE, el cual asciende a \$5.129.200, que genera unas diferencias salariales a su favor en suma de \$15.306.055.

Señaló que partiendo de la premisa de la existencia de un solo contrato de trabajo entre la parte actora y el consorcio demandado, debió acreditarse que su terminación lo fue con justa causa, sin embargo, no se allegó prueba de ello, por tanto procede la indemnización por despido sin justa causa, la cual debe calcularse teniendo en cuenta el período que faltaba por finalizar la labor contratada, que ocurrió el 29 de enero de 2019, para un total de \$123.101.280, que se halla teniendo en cuenta el salario reajustado.

Refirió que en el *sub judice*, la parte empleadora obró de mala fe, porque esta pactó cláusulas que desconocían las condiciones en las que venía prestando el servicio la demandante como Coordinadora HSE, pues se cambió su cargo a HSE Operativo, sin justificación alguna, porque aunque se disminuyó el número de trabajadores, continuó desempeñando actividades de campo, las cuales se ejecutaban en ambos cargos, de suerte que se celebró

un nuevo contrato de trabajo que cambió las condiciones laborales de la activa, incluyendo su salario, sin que ello estuviera acorde con las actividades efectuadas en la realidad. Concluyendo que es procedente la indemnización moratoria a razón de un día de salario por un día de retardo del 28 de febrero de 2017 al 29 de febrero de 2019 e intereses moratorios desde el 1º de marzo de 2019 a la fecha de pago.

Finalmente, adujo que las labores desempeñadas por la trabajadora fueron extrañas a la actividad de exploración y explotación, propia de Ecopetrol, pues el contrato comercial suscrito entre esta sociedad y el Consorcio, tenía por objeto el mantenimiento en el sistema de transportes de hidrocarburos durante las vigencias 2013-2018, además, las labores de la convocante se relacionaban con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, siendo claro que no son conexas ni complementarias a las propias de Ecopetrol y a Cenit, por tanto, no es procedente el reconocimiento de la responsabilidad solidaria, lo cual también da al traste con el llamamiento en garantía propuesto por estas sociedades, el cual en todo caso resulta improcedente, porque las pólizas de cumplimiento allegadas por estas, cobijan vigencias posteriores a la terminación del contrato de trabajo de la convocante.

## **RECURSOS DE APELACIÓN**

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el artículo 34 del CST es aplicable al caso concreto porque el consorcio demandado, Ecopetrol S.A. y posteriormente Cenit S.A.S., tienen dentro de sus objetos sociales, actividades propias de la industria del petróleo, que son afines y similares. Acotó que el objeto social de Ecopetrol es el desarrollo de actividades comerciales o industriales, relacionadas con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de hidrocarburos, sus derivados y productos, las cuales se hacen extensivas a Cenit S.A.S. como filial de Ecopetrol S.A., sumando a ello que, las empresas que integran el consorcio, se encargan de actividades de apoyo para la extracción de petróleo y gas natural, resaltando que en el contrato comercial que importa al proceso, se pactaron actividades propias de la industria del petróleo.

Señala que conforme a la sentencia CSJ SL14692-2017, no debe observarse exclusivamente el objeto del contratista, sino que la obra ejecutada a favor del beneficiario de la obra, no corresponda a labores extrañas de las actividades normales de la empresa o negocio de este y, desde luego, en ese análisis cumple un papel primordial la labor individualmente desarrollada por el trabajador, de tal suerte que si bajo la subordinación del contratista independiente adelantó un trabajo que no es ajeno a las labores propias del beneficiario de la obra, tendrá lugar la solidaridad deprecada.

Concluyó advirtiendo que, ante la procedencia de tal tipo de responsabilidad, se abre paso al llamamiento en garantía propuesto, debiendo la aseguradora confianza responder por las condenas que se impongan a Ecopetrol y a Cenit S.A.S.

Las **DEMANDADAS** integrantes del Consorcio PMA, formularon recurso de apelación, alegando en síntesis que el superior debe revisar todo el material probatorio obrante en las diligencias, pues de este emana claramente que no existió un solo contrato de trabajo con la demandante; por el contrario existieron 3 contratos de trabajo completamente diferentes e independientes entre sí. Añadió que conforme al contrato comercial que celebró el consorcio, este no tenía la necesidad de contar de manera permanente con el cargo HSE, porque las solicitudes o requerimientos que se realizaron respecto al mismo, solamente surgen con un adicional suscrito en agosto de 2015, de suerte que no puede afirmarse como lo hace el A quo, que este cargo desde el 2013 era indispensable.

Suma a ello que, el contrato comercial tuvo un objeto muy puntual, cual fue la prestación de los servicios de mantenimiento, siendo claro que el cargo de HSE, no hacía parte de ese objeto, máxime que conforme a las exigencias del contrato, ese cargo se requiere dependiendo del número de trabajadores, por lo que, contrario a lo aducido en la sentencia, no era necesario para la totalidad del contrato comercial.

Dijo que en la cláusula sexta del contrato inicial, como en los contratos posteriores suscritos con la demandante, se indicó de manera clara y cierta que esta se contrató por un porcentaje del contrato comercial, lo cual está permitido por los desarrollos jurisprudenciales de la CSJ y fue conocido por la

demandante, conforme así lo señaló en su interrogatorio de parte, cuando afirmó que tenía acceso a las órdenes de la trabajo administrativas y de ejecución de la obra, por manera que no era ajena a los avances de la obra, lo que se ratifica con las declaraciones recaudadas y según las cuales se hacían reuniones de avances de la obra, como así lo apuntó el testigo Orlando, quien fue claro en indicar que ello se daba a conocer, no pudiendo llegarse a la conclusión relativa a que los porcentajes de obra tuvieron lugar para disfrazar la contratación de la actora.

Manifestó que en el contrato inicial, tal y como lo aceptó la demandante se pactó que tendría una labor inicial del 3,39% del contrato comercial, el cual presentó distintos Otrosí, sin reclamaciones de la parte activa, acotando que posteriormente se firmó un segundo contrato por esta de manera libre y voluntaria, el cual tuvo una obra totalmente diferente y estaba atado a una orden de trabajo administrada por la demandante, sin mencionarse en el mismo el contrato comercial, pasando por alto el Despacho que esta contratación se hizo por un cargo diferente que fue el de profesional en entrenamiento HSE Operativo, el cual difiere en responsabilidades al inicial, como lo puntualizó el testigo Orlando, quien también hizo alusión al cambio de base que tiene una repercusión importante para definir el caso.

Agregó que sin ningún tipo de reclamación o queja, la demandante firmó un tercer contrato para desempeñarse en el cargo de HSE Operativo I, con un salario de \$3.898.170 pactado entre las partes de mutuo acuerdo, acotando que presentó unas actas de avances diferentes.

Que el Juzgado desconoció que cada uno de los contratos se encuentra debidamente liquidado y soportado en la finalización de la obra contratada, resaltando que no hay lugar a la indemnización por despido sin justa causa, porque cada relación finiquitó de manera legal y objetiva, esto es, por la finalización de la obra o labor determinada.

Dijo que conforme a la jurisprudencia, cuando no se determina la obra, lo que procede es la declaración de un solo contrato de trabajo a término indefinido, y no como erradamente lo hizo el despacho, declarar la existencia de un contrato de obra, pues así lo ha decantado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL6065 de 2018, destacando que no procede la indemnización por

despido sin justa causa por la suma cuantiosa que se reconoció, máxime que se probó debidamente la terminación de los 3 contratos de trabajo, al probarse el avance de la obra, con acta de la misma.

Adujo que se pasó por alto lo dicho en el interrogatorio de la demandante, quien reconoció la disminución de sus responsabilidades, lo que también se soporta en el dicho del testigo Orlando Vargas, al indicar que las labores de la actora durante el último contrato de trabajo fueron completamente diferentes, pues no hubo labores de campo, sino que únicamente fueron administrativas, circunstancia que resulta importante para establecer el esquema salarial, pues este se debe al nivel de responsabilidad de la trabajadora, teniendo en cuenta tanto el número de trabajadores a cargo, como las labores a desarrollar, insistiendo en que no tuvo labores de campo para el último vínculo.

Señaló que el Consorcio tenía la independencia de administrar su personal conforme al contrato suscrito con sus clientes, como así se dijo en el informe juramentado, pudiendo realizar modificaciones en la estructura HSE como en efecto lo hizo, conforme a las declaraciones rendidas en el proceso, de las cuales emana con claridad, que en ejercicio de esa potestad, efectuó cambios en el cargo de la demandante.

Dijo que no se pueden confundir los términos del contrato comercial, con la ejecución que independientemente se llevó a cabo con la actora, aunando que para febrero de 2017, sí existió una disminución en los servicios, una vez se cedió el contrato comercial a Cenit, pues este cliente no le exigía contratar el mismo personal, contrario a lo que sucedió en la fase inicial de tal acuerdo.

En ese sentido, dijo que no es procedente la declaratoria de la unidad contractual, ni tampoco el reajuste del salario, insistiendo que existieron diferencias, no solo en denominación de los cargos ejecutados por la convocante, sino en las funciones que desarrolló y en la base de prestación del servicio, que se constata en los testigos de ambas partes, lo cual ocurrió no por disposición unilateral del consorcio, sino por acuerdo con la trabajadora, quien siempre aceptó esas modificaciones que impactaron su salario, no

existiendo abuso del *ius variandi*, contrario a lo aducido por el Juzgador de primer grado.

Concluyó que al existir pacto entre las partes, debidamente conocido por la trabajadora, tampoco puede concluirse que la parte empleadora actuó de mala fe, menos aun cuando el consorcio fue transparente y efectuó todos los pagos que le correspondían a la activa por la prestación de los servicios, de manera que, no se reúnen las condiciones previstas en la ley y la jurisprudencia para acceder a la indemnización moratoria.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, primero: determinar si entre la demandante y el Consorcio PMA existió un solo contrato por obra o labor determinada y, si sobre el mismo procede la indemnización por despido sin justa causa o, si por el contrario, entre dichos extremos procesales existieron 3 contratos de trabajo por obra o labor determinada totalmente independientes, que fueron legalmente terminados; segundo: concretar si tiene lugar el reajuste salarial a favor de la actora, como así lo estableció el Juzgado de Conocimiento; tercero: definir si se reúnen los presupuestos legales y jurisprudenciales para dar paso a la indemnización moratoria; cuarto: establecer si concurren las condiciones previstas en el artículo 34 del CST para que Ecopetrol S.A. y Cenit S.A.S

respondan de manera solidaria, por las condenas que le sean impuestas al Consorcio convocado; quinto: determinar si, adicionalmente, es procedente imponer condena en cabeza de la aseguradora Confianza, en calidad de llamada en garantía de Ecopetrol y Cenit S.A.S.

## **CONSIDERACIONES**

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que el 18 de noviembre de 2013 ECOPEPETROL S.A. y el CONSORCIO PIPELINE MAINTENANCE ALLIANCE, en adelante PMA, suscribieron el contrato MA-0032889, cuyo objeto es la ejecución de obras y trabajos de mantenimiento de sistemas de transporte de hidrocarburos-zona sur, que implicaba el mantenimiento preventivo y correctivo de tuberías tanques y bombas para transporte de hidrocarburos y sus derivados, entre otras actividades descritas en la cláusula primera de dicho acto jurídico (páginas 427 a 488 Archivo 02 ED); **2.** Que el 1º de diciembre de 2015, el contrato mercantil en referencia fue cedido parcialmente a CENIT, como se advierte del Adicional N° 1 al Contrato MS-0032889 (páginas 109 a 113 archivo 03 ED); **3.** Que la señora MARÍA JOHANA MORALES LARA y el Consorcio PMA suscribieron un contrato de trabajo, el 4 de diciembre de 2013, respecto del cual dichas partes suscribieron 32 Otrosí, además, el 15 de febrero de 2016, se comunicó a la activa la terminación del vínculo laboral, por cuanto finalizó la obra para la que fue contratada (páginas 102 a 135 y 139 Archivo 02 ED); **4.** Que la señora MARÍA JOHANA MORALES LARA y el Consorcio PMA suscribieron un nuevo contrato de trabajo, el 16 de febrero de 2016, respecto del cual dichas partes suscribieron 2 Otrosí, además, el 31 de marzo de 2016, se notificó a la actora la terminación del vínculo, aduciendo la finalización de la labor para la cual fue contratada (Páginas 245 a 249 y 253 Archivo 001 ED); **5.** Que las mismas partes suscribieron un tercer contrato de trabajo el 1º de abril de 2016, respecto del cual se celebraron 17 Otrosí, además, el 28 de febrero de 2017, se le informó a la demandante que dicho contrato terminó por causa de la finalización de la obra para la cual había sido vinculada (páginas 273 a 293 y 296 Archivo 02 ED).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, atendiendo los reparos esbozados por el Consorcio recurrente frente a la existencia con la demandante de no uno, sino tres contratos de trabajo por

obra o labor determinada, debe indicarse que este tipo de vínculo es un contrato de resultado, es decir, no atiende a la duración, sino a la ejecución. La vigencia de este vínculo se encuentra supeditada a un hecho futuro, ya que se entiende celebrado por el tiempo necesario para la culminación de la obra o la labor pactada, para lo cual ha de tenerse en cuenta que la duración de esta depende de su propia naturaleza, y no la de los contratantes.

Así lo ha enseñado la pacífica jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la CSJ, reiterada recientemente en la Sentencia SL3526-2022, en los siguientes términos:

*“Para empezar, cabe recordar que el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo consagra como una de las modalidades del contrato, aquella celebrada por «el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada»; en ese orden, lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado.*

*Sobre su naturaleza, vale aclarar que, aunque incierta, la fecha de finalización está sometida a la ejecución de determinadas actividades. La condición resolutoria debe aparecer clara y precisa pues, de no, puede entenderse pactado a término indefinido. En otras palabras, «no basta con esa denominación, debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida» (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018 y CSJ SL4936-2021).”*

De lo anterior se concluye, que la terminación de la vinculación del trabajador no está sujeta a ningún hecho de carácter subjetivo, sino más bien, a un hecho puramente objetivo, que depende solamente de las contingencias de la obra o labor desarrollada. Además, debido a que es la naturaleza de la obra la que determina la duración de la relación laboral, esta debe ser acordada entre las partes de manera precisa, de forma medible y cuantificable, de manera que el trabajador tenga certeza del momento a partir del cual fenece el vínculo laboral, debiendo consignarse con estricta precisión la obra o labor a realizar por el trabajador, de lo contrario, ha de entenderse que el contrato se pactó por término indefinido.

En el presente asunto, se tiene que la accionante celebró con el Consorcio PMA un primer contrato por obra o labor determinada el 4 de diciembre de 2013, teniendo como lugar de prestación de los servicios Puerto Salgar, para desempeñar el cargo de Coordinador HSE, en el cual además, se pactó en la cláusula sexta que *“El presente contrato se celebra en la modalidad de contrato de trabajo por obra y labor determinada, para ejecutar las labores indicadas*

en el encabezado y en la obra mencionada”, es decir, “Prestar los servicios hasta completarse el 3,39% de ejecución del Contrato No. MA – 00322889 suscrito entre el Empleador y su cliente, cuyo objeto es la ejecución de obras y trabajos de mantenimiento de sistemas de transporte de hidrocarburos – Zona Sur” (páginas 102 a 103 Archivo 02 ED).

Como se observa, la duración del contrato de trabajo se limitó hasta completarse un porcentaje de ejecución del contrato comercial suscrito entre Ecopetrol y el Consorcio PMA, que inicialmente lo fue en el 3,39%, mismo que posteriormente fue modificado por los contratantes, conforme se observa en los diferentes Otro sí que estos celebraron y que se resumen de la siguiente manera<sup>6</sup>:

No. Otro sí	Fecha de suscripción	Duración de la obra
1	27 de enero de 2014	Hasta el 32,88% de la orden de trabajo No. OT-PMA-SG-001-14 expedida dentro del contrato comercial 0032889
2	25 de abril de 2014	Hasta el 13,32% de ejecución del contrato comercial 0032889
3	30 de julio de 2014	Hasta el 14,14% de ejecución del contrato comercial 0032889
4	14 de agosto de 2014	Hasta el 15,01% de ejecución del contrato comercial 0032889
5	14 de agosto de 2014	Hasta el 15,84% de ejecución del contrato comercial 0032889
6	29 de noviembre de 2014	Hasta el 21,70% de ejecución del contrato comercial 0032889
7	23 de diciembre de 2014	Hasta el 23,40% de ejecución del contrato comercial 0032889
8	1 de enero de 2015	Hasta el 23,40% de ejecución del contrato comercial 0032889

<sup>6</sup> Páginas 288 Archivo 01 y 104 a 135 Archivo 02 ED.

9	30 de enero de 2015	Hasta el 24,93% de ejecución del contrato comercial 0032889
10	27 de febrero de 2015	Hasta el 26,63% de ejecución del contrato comercial 0032889
11	30 de marzo de 2015	Hasta el 28,27% de ejecución del contrato comercial 0032889
12	29 de abril de 2015	Hasta el 29,97% de ejecución del contrato comercial 0032889
13	30 de mayo de 2015	Hasta el 30,79% de ejecución del contrato comercial 0032889
14	14 de junio de 2015	Hasta el 31,62% de ejecución del contrato comercial 0032889
15	29 de junio de 2015	Hasta el 32,16% de ejecución del contrato comercial 0032889
16	9 de julio de 2015	Hasta el 33,32% de ejecución del contrato comercial 0032889
17	11 de julio de 2015	<b><u>Se cambia sede de trabajo a Ibagué</u></b>
18	30 de julio de 2015	Hasta el 34,14% de ejecución del contrato comercial 0032889
19	14 de agosto de 2015	Hasta el 35,01% de ejecución del contrato comercial 0032889
20	29 de agosto de 2015	Hasta el 35,84% de ejecución del contrato comercial 0032889
21	14 de septiembre de 2015	Hasta el 36,66% de ejecución del contrato comercial 0032889
22	29 de septiembre de 2015	Hasta el 37,26% de ejecución del contrato comercial 0032889

23	10 de octubre de 2015	Hasta el 38,36% de ejecución del contrato comercial 0032889
24	29 de octubre de 2015	Hasta el 39,13% de ejecución del contrato comercial 0032889
25	13 de noviembre de 2015	Hasta el 40% de ejecución del contrato comercial 0032889
26	28 de noviembre de 2015	Hasta el 40,82% de ejecución del contrato comercial 0032889
27	14 de diciembre de 2015	Hasta el 41,70% de ejecución del contrato comercial 0032889
28	28 de diciembre de 2015	Hasta el 42,25% de ejecución del contrato comercial 0032889
29	9 de enero de 2016	Hasta el 42,52% de ejecución del contrato comercial 0032889
30	14 de enero de 2016	Hasta el 42,90% de ejecución del contrato comercial 0032889
31	21 de enero de 2016	Hasta el 43,40% de ejecución del contrato comercial 0032889
32	1º de febrero de 2016	Hasta el 44,22% de ejecución del contrato comercial 0032889 <b><u>y se cambia el cargo a HSE Operativo</u></b>

Así, se tiene que las partes mediante los diferentes acuerdos adicionales al contrato inicialmente suscrito, el 11 de julio de 2015 cambiaron el lugar de prestación de servicios a Ibagué y el día 1º de febrero de 2016 cambiaron el cargo a HSE Operativo, sin modificar la remuneración, además, ampliaron la duración del primer contrato de trabajo de manera paulatina, hasta completarse el porcentaje de ejecución del 44,22% del contrato comercial celebrado entre el empleador y Ecopetrol, el cual se completó el 15 de febrero de 2016, conforme al acta de avance de obra vista en la página 138

del archivo 02 del expediente digital, siendo por tanto, terminado el contrato de trabajo mediante comunicación extendida a la demandante en tal fecha, bajo el argumento que finalizó la labor para la cual fue contratada, sobre el que además, se efectuó la correspondiente liquidación final, que fue debidamente suscrita por la demandante<sup>7</sup>.

Ahora bien, se observa que el 16 de febrero de 2016 entre la demandante y el Consorcio PMA se celebra un nuevo contrato de obra o labor determinada para desempeñar el cargo de Profesional en entrenamiento-HSE Operativo I, a fin de ejecutar, conforme a su cláusula sexta “las labores indicadas en el encabezado y la obra mencionada”, a saber<sup>8</sup>:

<b>Descripción de la obra:</b>	Prestar los servicios hasta completarse el 31,11% de ejecución de las Órdenes de Trabajo Nos. PMA-IB-LIN-022-16 y PMA-IB-LIN-023-16 expedida en el desarrollo del Contrato No. MA - 0032889, suscrita entre el Empleador y su cliente, para la actividades de mantenimiento de los sistemas de transporte y plantas de la gerencia de poliductos de Ecopetrol S.A. corredor Salgar - Guatanday línea de 12" y Guatanday - Neiva línea de 8" y 6".
--------------------------------	---

En ese orden, en la nueva vinculación laboral de la demandante se modificó el cargo a desempeñar, e igualmente, su remuneración, pero no se sujetó su duración a un porcentaje del contrato comercial general suscrito entre PMA y Ecopetrol, sino al porcentaje de avance de dos órdenes específicas de trabajo establecidas dentro de dicho negocio mercantil, que inicialmente se estipuló en un 31,11%, para ser modificado mediante dos Otrosí celebrados entre la demandante y el empleador, así<sup>9</sup>:

No. Otro sí	Fecha de suscripción	Duración de la obra
1	27 de febrero de 2016	Hasta el 64,44% de las órdenes de trabajo Nos. PMA-IB-LIN-022 y PMA-IB-LIN-023-16 expedidas dentro del contrato comercial 0032889
2	14 de marzo de 2016	Hasta el 100% de las órdenes de trabajo Nos. PMA-IB-LIN-022 y PMA-IB-LIN-023-16 expedidas dentro del contrato comercial 0032889

<sup>7</sup> Páginas 139 y 236 a 237 Archivo 02 del ED.

<sup>8</sup> Páginas 245 a 247 Archivo 02 del ED.

<sup>9</sup> Páginas 248 a 249 Archivo 02 del ED.

De manera que, en el segundo contrato de trabajo referido se tiene que la labor de la demandante estuvo atada al 100% de ejecución de las órdenes de trabajo referenciadas, lo cual se cumplió el 31 de marzo de 2016, conforme a acta de avance de obra militante en la página 252 del archivo 02 del expediente digital, y es por ello que, en dicha fecha se comunicó a la convocante la terminación de este vínculo laboral, aduciéndose para el efecto la finalización de la obra para la cual fue contratada y se procedió a efectuar la respectiva liquidación final, misma que fue suscrita por la señora Morales Lara<sup>10</sup>.

De otro lado, se constata que la demandante y el Consorcio PMA suscribieron un último contrato por obra o labor determinada el 1º de abril de 2016, para desempeñar el cargo de HSE Operativo I, a fin de ejecutar, conforme a su cláusula sexta *“las labores indicadas en el encabezado y la obra mencionada”*, a saber<sup>11</sup>:

<b>Descripción de la obra:</b>	Prestar los servicios hasta completarse el 47.51% de ejecución del Contrato No. MA - 0032889 suscrito entre el Empleador y su cliente, cuyo objeto es la ejecución de obras y trabajos de mantenimiento de sistemas de transporte de hidrocarburos - Zona Sur
--------------------------------	---

Por tanto, se tiene que la activa fue contratada por tercera vez para desempeñar otro cargo diferente, esto es, el de HSE Operativo I, cuya duración se ligó al 47,51% de ejecución del contrato comercial 0032889, el cual fue ampliado por diversos Otrosí celebrados entre la trabajadora y PMA, conforme se discrimina a continuación<sup>12</sup>:

No. Otro sí	Fecha de suscripción	Duración de la obra
1	14 de abril de 2016	Hasta el 48,33% de ejecución del contrato comercial 0032889
2	20 de mayo de 2016	Hasta el 51,67% de ejecución del contrato comercial 0032889
3	28 de junio de 2016	Hasta el 52,49% de ejecución del contrato comercial 0032889

<sup>10</sup> Páginas 253 y 269 a 270 Archivo 02 ED.

<sup>11</sup> Páginas 273 a 275 Archivo 02 ED.

<sup>12</sup> Páginas 276 a Archivo 02 ED.

4	14 de julio de 2016	Hasta el 53,37% de ejecución del contrato comercial 0032889
5	29 de julio de 2016	Hasta el 55,07% de ejecución del contrato comercial 0032889
6	29 de agosto de 2016	Hasta el 55,89% de ejecución del contrato comercial 0032889
7	13 de septiembre de 2016	Hasta el 56,71% de ejecución del contrato comercial 0032889
8	29 de septiembre de 2016	Hasta el 57,53% de ejecución del contrato comercial 0032889
9	14 de octubre de 2016	Hasta el 58,41% de ejecución del contrato comercial 0032889
9	28 de octubre de 2016	Hasta el 59,23% de ejecución del contrato comercial 0032889
10	14 de noviembre de 2016	Hasta el 60,05% de ejecución del contrato comercial 0032889
11	29 de noviembre de 2016	Hasta el 60,88% de ejecución del contrato comercial 0032889
12	14 de diciembre de 2016	Hasta el 62,58% de ejecución del contrato comercial 0032889
13	14 de enero de 2017	Hasta el 63,45% de ejecución del contrato comercial 0032889
14	30 de enero de 2017	Hasta el 64,27% de ejecución del contrato comercial 0032889
15	14 de febrero de 2017	Hasta el 64,99% de ejecución del contrato comercial 0032889

De suerte que, la duración del tercer contrato de trabajo celebrado entre las partes para desempeñarse la trabajadora como HSE Operativo I, fue atada al 64,99% de ejecución del contrato comercial celebrado entre PMA y

Ecopetrol, lo cual se cumplió el 28 de febrero de 2017, conforme al acta de avance de obra expedido en la misma fecha (página 295 archivo 02 del ED), y por ende, se dio por terminado el mentado vínculo en símil data, aduciendo ante la trabajadora la finalización de la obra para la cual fue contratada y efectuando la respectiva liquidación del mismo (páginas 296 y 342 a 343 archivo 02 del ED).

Puestas así las cosas, ha de indicar el Colegiado que conforme a los contratos de trabajo y sus Otrosí suscritos entre la demandante y PMA, es claro que la vinculación de la convocante se ajusta a los parámetros previstos por la ley y la jurisprudencia para los contratos por obra o labor determinada, pues la condición resolutoria de cada contrato se dejó claramente establecida en su contenido y en los diversos acuerdo posteriores, lo cual además era del conocimiento de la demandante, no solo porque ella misma plasmó su firma en cada uno de ellos, sino porque en su interrogatorio de parte fue clara en advertir que al firmar cada Otrosí tenía claro el porcentaje de obra que allí se consignaba (Min. 05:13 – 34:00 archivo 13 del ED), por tanto, no puede concluirse como lo hizo el Juzgado que, la vinculación de la demandante en realidad estuvo ligada en su totalidad al plazo previsto en el contrato comercial 0032889, como quiera que las partes claramente pactaron que cada vínculo laboral se extendería por un porcentaje de este o por una orden de trabajo específica dentro del contrato macro.

Aunado a ello, cumple advertir que si bien en el contrato comercial aludido se pactó en su cláusula octava que el Consorcio PMA sería el único responsable ante el contratante y ante las autoridades internacionales y nacionales de cumplir los requisitos y obligaciones en HSE, es decir, en materia de seguridad y salud en el trabajo, implicando dicha responsabilidad que el contratista debía garantizar la gestión HSE durante la ejecución del contrato 0032889, lo cierto es que esa obligación por sí sola no implicaba que la demandante tuviere que estar vinculada laboralmente hasta la terminación de ese pacto mercantil, porque como bien se refiere en la mentada cláusula, PMA debía disponer de diferentes cargos en materia HSE dependiendo del tipo de riesgo de la actividad, del frente de trabajo y del número de trabajadores adscritos a este, conforme se discrimina a continuación<sup>13</sup>:

---

<sup>13</sup> Página 447 Archivo 02 del ED.

<b>Tabla 1. Recurso para la Gestión HSE RIESGO MAXIMO DE LAS ACTIVIDADES DEL CONTRATO</b>	<b>Nº de trabajadores simultáneos en un frente de trabajo</b>	<b>FUNCION HSE</b>
M	≥20 - 200	1 Coordinador HSE 1 HSE Operativo y uno más por cada 200 trabajadores simultáneos
H, VH	≥20 - 150	1 Coordinador HSE 1 HSE Operativo y uno más por cada 150 trabajadores simultáneos
VH	<20	1 HSE Operativo

Es decir que, conforme a la tabla en referencia, el Consorcio convocado debía contar con los cargos HSE anotados, atendiendo las variables descritas en cada frente de trabajo, siendo claro que no necesariamente se debía contratar un Coordinador HSE o un HSE Operativo hasta el final del contrato.

La anterior conclusión, también se corrobora a partir del dicho del testigo Orlando Vargas Martínez, quien en calidad de Gerente Administrativo y Financiero del contrato 0032889, clarificó que para la ejecución del mismo se contaba con diferentes bases o frentes de trabajo, ubicadas en Neiva, Puerto Salgar, Ibagué, Orito, Tumaco, entre otras, en las cuales debían observarse los requerimientos de infraestructura exigidos por el cliente, quien también establecía el número de HSE para cada base u orden de trabajo. Especificó igualmente, que el frente de trabajo de Puerto Salgar, en el que estuvo asignada la demandante antes de ser trasladada a Ibagué, cerró en enero de 2016 por requerimiento de Ecopetrol, lo cual implicó que finalizara el trabajo HSE en dicho lugar. Además, dijo que desde que se cedió parcialmente el contrato a Cenit, el contratante dispuso modificar la estructura HSE, de tal suerte que los coordinadores de base desaparecieron y fueron reemplazados por HSE operativos, quienes eran supervisados por unos Coordinadores más generales (min 01:59 a 51:25 archivo 14 de ED).

Por tanto, se tiene que, el contrato comercial celebrado entre PMA y Ecopetrol, involucró la existencia de diferentes zonas de trabajo en el país, que contaban con diferentes cargos HSE, conforme a los requerimientos que durante su ejecución fuera efectuando el contratante, por manera que dentro de ese contexto no puede concluirse que la vinculación de la actora dependiera de la vigencia total del contrato comercial, y que en la realidad solo

existiera un contrato de trabajo entre esta y PMA, porque la existencia de cada cargo HSE dependía de la vigencia del frente de trabajo y de las condiciones establecidas por el Contratante sobre el mismo.

Puestas así las cosas, considera la Sala que le asiste razón al consorcio recurrente, en cuanto a que en la realidad existieron 3 contratos de obra o labor determinada, como quiera que en cada contrato se estableció con claridad la duración de cada uno de ellos, a partir del porcentaje de ejecución del contrato comercial tantas veces mencionado, el cual se cumplió a cabalidad para cada vínculo, no sólo porque así lo informan las actas de avance de obra anteriormente referenciadas, sino porque así se puede corroborar a partir del plazo definido en el contrato mercantil, ya que su vigencia se estableció inicialmente desde el 18 de noviembre de 2013 y hasta el 31 de diciembre de 2018, para un total de 1825 días.

De suerte que cuando terminó el primer contrato laboral de la convocante atado directamente al contrato comercial, que lo fue 15 de febrero de 2016, ya había transcurrido un 44,87% de ejecución del vínculo mercantil, es decir, más del 44,22% de ejecución pactado con la trabajadora y el empleador en el contrato de obra; en igual sentido, cuando culminó el tercer contrato de trabajo de la demandante, también vinculado directamente al acuerdo comercial, que lo fue el 28 de marzo de 2017, ya se había ejecutado el 65,69% del contrato 0032889, esto es, más del 64,99% definido en el nexo laboral de la demandante, a quien después de esta última data no fue reemplazada por ningún otro trabajador en el cargo HSE Operativo, como lo aclaró el testigo Orlando Vargas. Sumado a ello, sobre el segundo contrato de trabajo, se ejecutaron el 100% de las órdenes de trabajo a las cuales se ligó, como se indicó con anterioridad.

Siendo claro que, cada vínculo laboral terminó por la finalización de la obra contratada y, consecuentemente, uno a uno, fue liquidado por la parte empleadora como se advirtió anteriormente.

Por tal motivo, se insiste, no es procedente concluir la existencia de un solo contrato de obra o labor como así lo determinó el A quo, menos aun cuando la demandante fue contratada en diferentes cargos, realizando distintas funciones en cada uno de ellos, contrario a lo aducido en la sentencia de primer grado.

Ello es así, conforme al dicho del testigo Orlando Vargas Martínez (min 01:59 a 51:25 archivo 14 de ED) y la declaración de la propia demandante (Min. 05:13 – 34:00 archivo 13 del ED), pues nótese que el primero indicó que todos los cargos HSE tienen que velar por el aseguramiento de la salud y la parte ambiental del trabajo, sin embargo, cuando la convocante fue Coordinadora HSE tenía personal a cargo y velaba por el panorama de una base, precisando que, posteriormente, pasó a reemplazar por 15 días a una persona que se desempeñaba como HSE Operativa, para después ser vinculada en este último cargo, mediante un segundo contrato atado a una orden de trabajo específica en campo, sin tener a cargo trabajadores y, finalmente, fue vinculada en un tercer contrato como HSE Operativa, desempeñando funciones netamente administrativas, relacionadas con recolección de documentación y recaudación de datos estadísticos, a efectos de realizar informes para Ecopetrol, no teniendo que ejecutar labores de campo, ni dirección de personal. Esto último coincide con el dicho de la demandante, quien fue clara en advertir que desde la semana 12 de su embarazo, la cual tuvo lugar desde abril de 2016, esto es, para la vigencia del último contrato de trabajo, desempeñó funciones netamente administrativas.

Por tanto, en los 3 cargos definidos en los diversos contratos de trabajo, la actora desempeñó funciones disímiles, porque cuando era Coordinadora HSE en el primer vínculo laboral, tenía personal a su cargo, mientras que en el segundo nexo siendo HSE operativa, ejecutaba sus labores en campo, sin dirigir ningún personal, aunado a que, en el tercer contrato, su labor como HSE Operativa era netamente administrativa, en los términos expuestos por el testigo Orlando Vargas Martínez.

Y es que, aunque la demandante en su declaración de parte indicó con vehemencia que siempre desempeñó las mismas funciones, sus manifestaciones no encuentran ningún respaldo probatorio, ni siquiera en el dicho de los testigos que ella trajo al proceso, porque a estos solo les consta las funciones hasta febrero de 2016, es decir, sobre el primer contrato de trabajo, en tanto fueron claros en indicar que después de esa fecha no se encontraban vinculados al consorcio PMA.

Conforme a lo expuesto, habrá de revocarse la decisión opugnada, como quiera que contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, en el presente caso no existió un solo contrato de obra o labor, sino 3 contratos de

la misma naturaleza, mismos que fueron terminados por una causa legal y objetivo, esto es, por la culminación de la obra para la que fue vinculada la demandante en cada uno de ellos, lo cual además da al traste con la indemnización por despido sin justa causa, y a su vez, con el reajuste salarial reconocido por el A quo y que fue planteado en el segundo problema jurídico de esta decisión, porque aunque a la demandante sí se le redujo el salario cuando paso de ser Coordinadora HSE a HSE Operativo, esto es, de \$5.129.220 a \$3.898.170, ello se encuentra claramente justificado, no solo en la modificación de su cargo, sino también en la variación de sus funciones, conforme quedó establecido.

Bajo ese panorama, son improcedentes las condenas impuestas por el fallador de primer grado por los conceptos aludidos y de contera, la indemnización moratoria, lo cual, además, releva a la Sala de analizar los demás problemas jurídicos planteados en relación a la solidaridad perseguida y el llamamiento en garantía, al no existir responsabilidad alguna frente al demandado principal, que lo es el Consorcio PMA.

Conforme a las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada en su totalidad, para en su lugar, declarar la existencia de 3 vínculos laborales, en los términos aludidos, y en consecuencia, absolver a las demandadas y a la llamada en garantía de las pretensiones condenatorias invocadas en el *libelo genitor*. Sin Costas en esta instancia, la de primera instancia se imponen a cargo de la parte demandante, tásense por el Juzgado de Conocimiento.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 25 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar que entre la demandante y el Consorcio PMA existieron 3 contaros de obra o labor determinada, los cuales se ejecutaron i) del 4 de diciembre de 2013 al 15 de febrero de 2016, ii) del 16 de febrero de 2016 al 31 de marzo de 2016 y, iii) del 1º de abril de 2016 al 1º de marzo de 2017,

mismos que culminaron por la causa legal y objetiva de finalización de la obra contratada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: EN CONSECUENCIA**, se **ABSUELVE** a las demandadas y a la llamada en garantía de las pretensiones condenatoria invocadas en el *libelo genitor*.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se imponen a cargo de la parte demandante, tásense por el Juzgado de Conocimiento.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



EDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-033-2021-00317-01
<b>DEMANDANTE:</b>	ÁNGELA MIREYA ACOSTA DÍAZ
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y AFP PROTECCIÓN S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta sentencia del 26 de abril de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Seguridad social
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMAR

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES y para revisar en consulta en favor de COLPENSIONES la sentencia del 26 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÁNGELA MIREYA ACOSTA DÍAZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-033-2021-00317-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

La parte promotora de la acción formula como pretensiones la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del

<sup>1</sup> Archivo 02 fs.4-14 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

RPM al RAIS por incumplimiento de la AFP al deber de información; se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM y se condene a la AFP PROTECCIÓN a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores recibidos en razón de la afiliación, así como gastos de administración y comisiones debidamente indexados, frutos e intereses a que hubiere lugar, lo que ultra y extra petita resulte probado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que la demandante nació el 25 de enero de 1963 y se afilió al ISS desde el 5 de junio de 1984 donde aportó 459,86 semanas hasta el mes de diciembre de 2005 en que se trasladó al RAIS sin recibir la información necesaria, toda vez que el asesor no le puso en conocimiento que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en el RPM y por el contrario le indicó que no se iba a poder pensionar en el ISS pues este se iba a acabar; no le indicó las ventajas y desventajas del traslado ni que podía retornar al RPM antes de cumplir los 47 años, informándole únicamente las ventajas que tiene el régimen.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la documental aportada. Manifestó que no le constan los demás hechos de la demanda y propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y causa para pedir, inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte la AFP PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó el hecho relacionado con la fecha de nacimiento de la actora y la creación del RAIS y manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos de la demanda. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, inexistencia de afiliación previa al régimen de prima media, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones. Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la

---

<sup>2</sup> Archivos 05 y 08 Expediente Digital  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

comisión de administración y primas de seguros previsionales cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 26 de abril de 2023 (archivo 14), declaró la ineficacia del traslado al RAIS y la afiliación de la actora. Declaró que la demandante se encuentra afiliada de manera efectiva al RPM y ordenó a PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales y a COLPENSIONES a recibir las sumas antes descritas. Ordenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, descuentos para seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores, ciclos, IBC y demás información relevante.

Como fundamentos de su decisión, indicó que las AFP tenían desde el inicio, conforme a la jurisprudencia, el deber de otorgar elementos claros para tomar decisiones informadas, previo a la realización del traslado de régimen por parte del potencial afiliado y por ello no bastaba con la simple firma del formulario de afiliación para acreditar el cumplimiento de esa obligación para el año 1994 en que se efectuó el traslado. En cuanto a los actos de relacionamiento no es dable aplicar situaciones posteriores, por lo que declaró la ineficacia del traslado sin que se pudiera establecer compensaciones mutuas planteadas por la AFP demandada y ordenó el traslado de régimen, declaró afiliada al RPM a la demandante y ordenó la devolución de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES, así como de los dineros correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Declaró no probada las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación para lo que manifestó que conforme a la normatividad vigente bastaba con la suscripción del formulario de afiliación que la demandante aceptó haber firmado de manera libre y voluntaria, con lo que se prueba el consentimiento respecto al traslado al RAIS, por lo que es

imposible cumplir con la prueba de allegar soporte de la información suministrada, sin que la demandada haya tenido que probar la existencia de error, fuerza o dolo para invalidar el traslado. Que se le dio una asesoría en el 2010 que la demandante convalidó y que la demandante dejó pasar el tiempo para trasladarse antes de la edad requerida, por lo que al permitir el traslado, la afiliada se beneficia y resulta contrario al concepto de equidad. Solicita se absuelva de la condena en costas por haber actuado de buena fe y ser un tercero que nada tuvo que ver en el acto de la afiliación.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por **ÁNGELA MIREYA ACOSTA DÍAZ** al régimen de ahorro individual administrado por la AFP y PROTECCIÓN S.A, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva, en particular la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

### **CONSIDERACIONES**

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse es del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso,**

**a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.**

(Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde a los Fondo de Pensiones demandados, quienes dieron la asesoría sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicaron las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó la parte demandada, quienes, se *itera*, tenían la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante y no a éste, como se pretende en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante afirma haber realizado el traslado de fondo ante **PROTECCIÓN S.A el 1º de julio de 1994 no se allegó el formulario sino el resumen de la historia laboral**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

En cuanto al documento denominado “reasesoría pensional” (fs. 47-49 archivo 5) en que fundamenta el recurso COLPENSIONES, se tiene en cuenta que allí se le indica a la afiliada que “tendrá garantía de pensión mínima a los 57 años siempre que cumpla con las condiciones exigidas por la ley”, lo que no constituye una información clara y precisa respecto a la condición pensional de la actora y en relación con “el simulador pensional” le informa a la demandante que **tendría una pensión a los 58 años en el RAIS equivalente a \$589.416 y en el régimen de transición del ISS a la misma edad, de \$515.00, lo cual a todas luces es una información errada**, máxime si se tiene en cuenta que la demandante había cotizado 464,14 semanas en el RPM antes del traslado en el mes de julio de 1994 y cuenta con un total de 1405,14 semanas cotizadas (f. 56 archivo 05), por lo que dicha información no fue clara y transparente como era el deber que tenía la AFP PROTECCIÓN y en consecuencia, con fundamento en dicha asesoría no podía tener la afiliada un conocimiento informado para tomar la decisión de trasladarse o retornar al RPM antes de cumplir los 47 años de edad, razón por la que no puede ser tenida en cuenta como una asesoría.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que

correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Del interrogatorio de la demandante **ÁNGELA MIREYA ACOSTA DÍAZ** bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues manifestó que: *“trabajaba en una empresa de cosméticos y los visitamos de PROTECCIÓN para orientarlos de manera grupal sobre el traslado del ISS a los fondos privados, fue en abril de 1994, la información fue incompleta, pues le dieron una información parcial solo sobre las ventajas del fondo pero no de las desventajas que tiene el fondo. Le dijeron que se iba a pensionar mejor en el Fondo porque no tenía que cumplir la edad que se requería en el ISS. Le dijeron que tendría una cuenta de ahorro individual pero no le explicaron los costos que tendría esa cuenta, no recuerda información sobre rendimientos. Ha recibido extractos pero cree que son más altos los gastos que los rendimientos. Presenta la demanda porque no es verdad que se iba a pensionar mejor en el Fondo que en el ISS como le informaron y nunca le hicieron un comparativo para tomar una decisión y ahora que llegó el momento de pensionarse se da cuenta de ello. No recibió reasesoría en el año 2010 sino una visita donde le dicen que se puede pensionar a los 57 años si cumple los requisitos de ley.”* (Min. 13:54 audio archivo 13).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada, va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia de la afiliada en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que “*En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas*».

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En cuanto a la devolución de la demandante al referido régimen deber ser efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante, tal y como lo solicita en su recurso COLPENSIONES.

El retorno al régimen de prima media debe realizarse con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectadas por el fenómeno de la prescripción, ya que, al tratarse de una condición íntimamente

relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Frente a la procedencia de la condena a trasladar los gastos de administración, seguros previsionales y porcentajes de garantía de pensión mínima debidamente indexados, que es objeto del recurso por parte de COLPENSIONES basta señalar que, al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreado entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos.

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(…) 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. (...)”*

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

*“También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación No. 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje*

destinado al fondo de garantía de pensión mínima, **debidamente indexados** y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. (Negrillas fuera de texto).

Respecto a que la demandante se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse, ha de resaltarse que dicha prohibición legal se encuentra establecida para efectos de traslado entre regímenes, lo que no sucede en éste caso, en que se decretó la ineficacia del traslado efectuado por la demandante que retrotrae las cosas al estado inicial como si nunca se hubiera efectuado, por lo cual no aplica la mencionada prohibición.

Por último, en relación con la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP estas se imponen a la parte vencida en el proceso y como en este caso, la demandada COLPENSIONES al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de esta, debe condenarse en costas de primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, se confirma la decisión de primera instancia en todas sus partes.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto. Se fija como agencias en derecho una suma equivalente a 1SMMLV

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

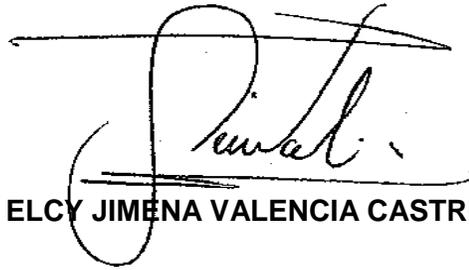
**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fija

como agencias en derecho 1 SMMLV.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-034-2021-00447-01
<b>DEMANDANTE:</b>	CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MOLANO
<b>DEMANDADO:</b>	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y Consulta Sentencia del 3 de mayo de 2023
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Ineficacia traslado
<b>DECISIÓN:</b>	ADICIONA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esta entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 3 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MOLANO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, con radicado No. **11001-31-05-034-2021-00447-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado el 1º de septiembre de 1.994 a través de la AFP PROTECCIÓN; como consecuencia de lo anterior, ordenar a COLPENSIONES recibirla y afiliarla de nuevo, de manera inmediata y automática al RPM, como si su traslado al RAIS nunca se hubiere dado; condenar a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C. y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de noviembre de 1.968. Que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 1º de octubre de 1.992 hasta el 1º de septiembre de 1.994. Que el 1º de septiembre de 1994, fue presionada por los asesores de la AFP Davivir S.A. para que se trasladara a dicha sociedad, bajo el argumento que esta pertenecía al Grupo Bolívar y era una orden de su empleador vincularse a tal sociedad, además, le indicaron que su mesada pensional sería superior que en el ISS, entidad que se “*iba a acabar*”, generando un enorme riesgo para su pensión. Que los asesores de Davivir S.A. no le suministraron ningún tipo de información que le permitiera realizar de manera consciente e ilustrada su traslado, ni realizaron ningún estudio o asesoría sobre el impacto y alcance que tendría para ella ese cambio. Que a septiembre de 2021 contaba con 1.071 semanas cotizadas, de las cuales 56.71 fueron aportadas al ISS hoy Colpensiones. Que solicitó su traslado a Colpensiones por la ineficacia de su afiliación al fondo privado, sin embargo, dicha solicitud le fue negada.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **AFP PROTECCIÓN S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones,

---

<sup>1</sup> Páginas 1 a 13 Archivo 02 Expediente Digital

argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Añadió que del formulario de vinculación que suscribió la demandante, se advierte que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada<sup>2</sup>.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó 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 la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que su traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, y por tanto, no procedería el traslado de régimen pensional, de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del

---

<sup>2</sup> Páginas 2 a 21 Archivo 06 Expediente Digital.

sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica<sup>3</sup>.

### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de Régimen pensional efectuado por la demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 13 de agosto de 1.994; condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descontar valores por concepto de administración; declaró no probadas las excepciones formuladas por las pasiva; condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCION S.A., con motivo de la afiliación de la actora y condenó en costas a la AFP convocada.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

### RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la entidad nada tuvo que ver con el negocio

---

<sup>3</sup> Páginas 2 a 39 Archivo 05 Expediente Digital

jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Davivir S.A., pues no existió injerencia alguna de su parte frente a la decisión tomada por la activa, quien en todo caso tampoco compareció a las instalaciones de Colpensiones para asesorarse sobre el acto jurídico de traslado, y es por ello que, no es la administradora del RPM la llamada a asumir las consecuencias de la supuesta omisión en el deber de información en el que incurrió el fondo privado, al momento de efectuarse el traslado. Dijo que para el año 1994, la demandante no se encontraba en imposibilidad de realizar traslado y al celebrar el acto jurídico, ejerció su derecho a la libre escogencia definido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que el RPM y el RAIS tienen diferentes formas de distribución del aporte, además desde hace 28 años Colpensiones no ha contribuido en la financiación de la pensión de la actora, ni ha cobrado gastos de administración, por tanto, la decisión de primer grado pone en riesgo la sostenibilidad del sistema pensional, aunado a que la demandante quiere retornar al RPM por la diferencia existente en el valor de su mesada pensional, lo cual no se constituye en una razón suficiente para declarar la ineficacia de traslado, además, no se encarga de probar ningún perjuicio en el monto de la prestación.

Adujo que conforme a las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010, SU 130 de 2013 y T-489 de 2010, no se puede permitir la descapitalización con personas que faltándoles 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, llegan a último momento a beneficiarse del ahorro comunitario para disfrutar de la prestación, la cual tendría que asumir Colpensiones en contra de sus propios intereses.

Concluyó solicitando que en caso de confirmar la decisión opugnada, se condicione el cumplimiento de la decisión por parte de Colpensiones a la devolución de la totalidad de las sumas señaladas por el Juzgado de Conocimiento a cargo de la AFP Protección, e igualmente, se abstenga el Tribunal de imponer costas por tratarse la entidad convocada, un tercero que actuó de buena fe.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLAUDIA MARÍA RODRÍGUEZ MOLANO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

## **CONSIDERACIONES**

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

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de

un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante DAVIVIR (Página 33 archivo 06), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, ante la **AFP PROTECCIÓN S.A.** (Página 34 archivo 06), no se puede deducir

que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues fue clara al manifestar que se afilió a Davivir cuando trabajaba para Delta Bolívar, porque dicha AFP hacía parte del Grupo Bolívar, además porque en la campaña realizada por esta se le indicó que el ISS desaparecería debiendo trasladarse al fondo, en tanto sería lo único que permanecería. Dijo que no le informaron ventajas o desventajas, ni características del nuevo régimen. Que se trasladó a Protección porque Davivir entró en liquidación y aquella AFP

asumió el negocio de dicha sociedad (Min. 14:42 a 28:49 archivo 12 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos financieros.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

*“(...) 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. (...)”*

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, gastos de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes. Sin embargo, la A quo omitió referirse de manera expresa a los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos que además deben ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la AFP, ya que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo

véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se adicionará la sentencia en ese sentido, conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, «[...] *las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema*».

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que *“En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[...] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media

con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la demandante.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019). Asimismo, ha de resaltarse que las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil no son de aplicabilidad en esta clase de asuntos, pues en materia laboral y de la seguridad social existe regulación propia en ese tópico.

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, contruidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será adicionada en los términos expuestos, sin que sea necesario condicionar el cumplimiento de la sentencia como así lo peticiona Colpensiones, pues lógicamente esta entidad, sólo podrá efectuar todos los trámites relativos a la afiliación y actualización de las historia laboral de la activa, hasta tanto reciba los dineros provenientes de la AFP Protección S.A. Sin costas en esta instancia conforme al resultado de la alzada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

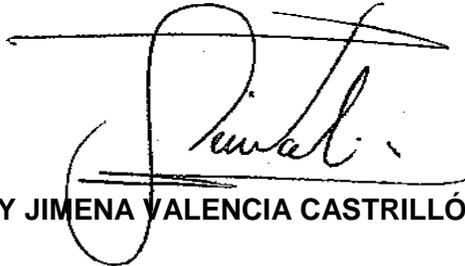
**PRIMERO: ADICIONAR** el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 3 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** reintegrar también a **COLPENSIONES** los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima descontados a la convocante durante la afiliación a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	11001-31-05-037-2019-00338-01
<b>DEMANDANTE:</b>	POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS
<b>DEMANDADO:</b>	COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA
<b>ASUNTO:</b>	Apelación Sentencia del 3 de diciembre de 2021
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá
<b>TEMA:</b>	Reembolso exposición riesgo ARL
<b>DECISIÓN:</b>	REVOCA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la DEMANDADA en contra de la sentencia del 3 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS** contra **COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA**, con radicado No. **11001-31-05-007-2019-00338-02**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

**DEMANDA<sup>1</sup>**

La sociedad promotora de la acción pretende se declare que RIESGOS LABORALES COLMENA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA es responsable del reembolso de las prestaciones asistenciales y económicas asumidas y otorgadas a Nohora Beatriz Giraldo Monsalve, María Edilma Mora

<sup>1</sup> Folios 1 a 15 Expediente Físico.

Barrios y Alba Otilia Gómez Gómez, en un 100% del total del tiempo que las trabajadoras estuvieron expuestas al riesgo laboral, mientras se encontraban afiliadas a COLMENA S.A. o, por el porcentaje que se establezca en el proceso; en consecuencia, se condene a la demandada a pagar el 100% o el porcentaje que se establezca, de las prestaciones asistenciales y las que en lo sucesivo se continúen causando, junto con la indemnización permanente parcial e incapacidades temporales, los intereses moratorios o la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que hasta el 1º de abril de 2015, las trabajadoras Nohora Beatriz Giraldo Monsalve, María Edilma Mora Barrios y Alba Otilia Gómez Gómez estuvieron vinculadas por cuenta de su empleador, a la ARL Riesgos Laborales Colmena S.A. Que los dictámenes de calificación de origen de las patologías que aquejaban a las afiliadas, fueron emitidos los días 16 de junio de 2016 para Nohora Beatriz Giraldo, 19 de julio de 2016 para Edilma Mora y 25 de mayo de 2016 para Alba Otilia Gómez, fechas para las cuales se encontraban afiliadas a Positiva Compañía de Seguros S.A. Que durante todo el tiempo de afiliación a la ARL Colmena S.A., las trabajadoras estuvieron expuestas a los siguientes riesgos: i) Nohora Beatriz Giraldo Monsalve, riesgo ergonómico, ii) María Edilma Mora Barrios, riesgo ergonómico y, iii) Alba Otilia Gómez Gómez, riesgo biomecánico. Que las afiliadas en referencia fueron calificadas por las siguientes enfermedades: i) Nohora Beatriz Giraldo Monsalve, síndrome de túnel carpiano bilateral, tendinitis de flexoextensores del carpo bilateral y epicondilitis lateral bilateral, ii) María Edilma Mora Barrios, síndrome del túnel carpiano bilateral y, iii) Alba Otilia Gómez Gómez, síndrome del túnel carpiano bilateral y lesión del nervio cubital izquierdo. Que los riesgos laborales de las afiliadas en mención fueron asumidos por Positiva Compañía de Seguros desde el 1º de abril de 2015, además, su enfermedades, definidas como de origen laboral les implicaron una pérdida de capacidad laboral así: i) Nohora Beatriz Giraldo Monsalve, 12,50% en dictamen del 21 de junio de 2018, ii) María Edilma Mora Barrios, 14,67%, en dictamen del 3 de noviembre de 2016 y, iii) Alba Otilia Gómez Gómez, 20,76%, en dictamen del 18 de enero de 2017.

Añadió que reconoció y pago las prestaciones asistenciales, las prestaciones económicas por incapacidad permanente parcial y por incapacidades temporales, los siguientes valores:

Afiliada	Monto pagado prestaciones asistenciales	Monto pagado indemnización permanente parcial	Monto pagado incapacidad temporal
Nohora Beatriz Giraldo Monsalve	\$4.593.714	\$21.912.113	\$3.714.107
María Edilma Mora Barrios	\$1.515.800	\$8.247.915	\$5.158.525
Alba Otilia Gómez Gómez	\$1.878.332	\$32.389.234	\$5.577.598

Concluye indicando que solicitó a la demandada el reembolso del dinero por concepto de pago de prestaciones asistenciales y económicas por los valores y las afiliadas mencionadas, no obstante, la convocada no ha efectuado ningún pago a su favor.

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>

La demandada COLMENA SEGUROS S.A., contestó el libelo introductor oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, por considerar que no existe prueba que brinde certeza de la relación de causalidad, entre la exposición al riesgo durante el tiempo de afiliación a la ARL y la patología laboral que se originó en el mismo, máxime que el desarrollo de las patologías que dieron lugar a las prestaciones reconocidas por la parte activa, son posteriores a la desafiliación de las tres trabajadoras. frente a quienes se pretende ejercer la acción de recobro. Aduce que tampoco obra constancia efectiva que Positiva cubriera las prestaciones reclamadas, puesto que la documental aportada, no es más que una manifestación emanada de la reclamante, en construcción de una prueba de la cual no existe soporte, pues en ella no se señala fecha de cancelación, soporte de transferencia, o identificación del riesgo laboral

<sup>2</sup> Folios 106 a 164 expediente físico.

reconocido. Resalta que la parte activa de manera errónea persigue el reconocimiento del 100% de las prestaciones brindadas, desconociendo que los empleados han estado afiliados a otras ARL con anterioridad a Colmena, acotando que no existe certeza que el riesgo se haya materializado durante la afiliación a la ARL convocada.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de prueba de los presupuestos legalmente exigidos para que sea procedente la acción de recobro, inexistencia de prueba de pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, extinción de la obligación por compensación, prescripción, improcedencia de condena por concepto de intereses moratorios, inexistencia de debida prueba de la ocurrencia del siniestro, improcedencia del derecho de recobro e inexistencia de prueba debida de las incapacidades.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de diciembre de 2021, condenó a la demandada a reconocer a favor de la convocante a juicio la suma de \$15.720.157 correspondiente al 52,02% de las prestaciones asistenciales y económicas que fueron reconocidas a la señora Nohora Giraldo, la suma de \$3.045.900 correspondiente al 20,41% de las prestaciones asistenciales y económicas que fueron reconocidas a la señora María Edilma Mora y la suma de \$22.609.998 correspondiente al 56,74% de las prestaciones asistenciales y económicas que fueron reconocidas a la señora Alba Otilia Gómez, junto con la indexación; declarar no probadas las excepciones propuestas y condenar en costas a la parte demandada.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que en el expediente se encuentra acreditado que las diversas enfermedades padecidas por las afiliadas discriminadas en la demanda, son de origen laboral, aunado a que la ARL demandante acreditó el pago a su favor de las prestaciones asistenciales, incapacidades temporales e indemnizaciones por incapacidad parcial, con las certificaciones expedidas por la parte convocante, junto con las autorizaciones de servicios médicos, facturas de venta de servicios médicos y certificaciones emitidas por el revisar fiscal de la entidad, por lo que concluyó que era procedente el reembolso reclamado bajo las siguientes precisiones:

En cuanto a la afiliada Nohora Beatriz señaló que fue calificada con una PCL del 26,11%, con fecha de estructuración 26 de agosto de 2016; aunado a que tuvo una exposición al riesgo de 12 años, esto es, del 24 de agosto de 2004 al 24 de 2016, período en el que estuvo amparada en los riesgos profesionales por parte de las entidades intervinientes, acotando que Colmena S.A. amparó desde el 1º de enero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2015, esto es, por un total de 2.280 días, de suerte que debe asumir el 52,02% de lo pagado por la ARL Positiva, debiendo la demandada reembolsar un total de \$15.720.157.

Sobre la afiliada María Edilma Mora, dijo que se le calificó una PCL de 14,67% con fecha de estructuración 24 de octubre de 2016, estando expuesta al riesgo por 367 meses, es decir, desde el 19 de diciembre de 1985 hasta el 19 de julio de 2016, lapso en el que estuvo amparada por las entidades comparecientes, del cual es riesgo fue asumido por Colmena desde el 1º de enero de 2009 hasta el 31 de marzo de 2015, que equivale a 2.280 días, mismos que representan el 20,41% de los valores asumidos por Positiva, y es por ello que la demandada debe reembolsarle a Positiva \$3.045.900.

Frente a Alba Otilia Gómez Gómez adujo que se le determinó una PCL del 20,76%, con fecha de estructuración 22 de julio de 2016, sumado a que tuvo una exposición al riesgo de 132 meses, es decir, desde el 22 de julio de 2005 hasta el 22 de julio de 2016, debiendo asumir la llamada a la acción el reembolso del porcentaje que corresponde al tiempo de afiliación, comprendido entre el 1º de enero de 2009 al 31 de marzo de 2015, el cual equivale al 56,74% de lo asumido por Positiva Compañía de Seguros, para un reembolso de \$22.609.998.

Concluyó advirtiendo que no se encuentra acreditada la excepción de prescripción y que la parte demandante no demostró la reclamación elevada ante la ARL Colmena pretendiendo el reembolso aquí perseguido, por lo que no procede condena por intereses moratorios, otorgando así la indexación.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que no se acreditaron de manera clara la existencia de las prestaciones económicas que se recobran, así como el supuesto pago efectuado por la parte demandante, pues esta se limitó a allegar unas certificaciones que

fueron valoradas por el despacho, pese a que no revisten la idoneidad necesaria para acreditar lo pretendido, al sustentarse en el propio dicho de la parte activa, desconociéndose que en materia procesal no es admisible la demostración de los hechos con pruebas elaboradas por la propia parte, lo cual encuentra respaldo en un línea jurisprudencial ya definida por el Tribunal, según la cual las certificaciones emitidas por el revisor fiscal o el gerente de indemnizaciones, no son pruebas para acreditar el pago efectuado por la parte activa con ocasión a los diagnósticos que fueron generados supuestamente por la exposición al riesgo, incumpléndose así, la carga prevista en el artículo 167 del CGP.

Refiere que se acreditó la falta de legitimación en la causa respecto de Colmena, dado que conforme a la Ley 776 de 2002 cada ARL responde en proporción al riesgo que se verificó durante la vinculación a las administradoras, acotando que dicha exposición no se dio durante la vinculación de las trabajadoras a Colmena, e incluso, no presentaron ningún reporte de enfermedad o accidente laboral, a más que las calificaciones se generaron cuando su afiliación no coincidía con la de Colmena.

Sostiene que en todo caso, se desconoció una distribución proporcional a la que estaba llamada a ser aplicada en cada situación, en tanto las trabajadoras estuvieron afiliadas también a Suratep y a la misma ARL Positiva, de manera previa a la vinculación con Colmena, por tanto, no es acertado equiparar el período de exposición con el período de afiliación.

Señala que en relación con la incapacidad temporal, dada su naturaleza de inmediatez, no era procedente su reembolso, menos aun cuando se generaron mientras las trabajadoras ya no estaban vinculadas a las demandadas. Concluye afirmando que debió estudiarse la excepción de compensación, por cuanto se tuvieron por indemnizados los conceptos recobrados; e igualmente, la prescripción estaba llamada a ser reconocida conforme a la fecha de radicación de la demanda, que lo fue el 8 de mayo de 2016; y que, la indexación debe revocarse porque de lo contrario, se estaría imponiendo una sanción por la inactividad de la parte activa, quien no elevó la respectiva reclamación administrativa.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídico a resolver en el *sub lite*, primero: determinar si se cumplen los presupuestos fácticos y jurídicos, para ordenar el reembolso de las prestaciones económicas y asistenciales otorgadas a las afiliadas discriminadas en la demanda, debidamente indexadas o, si aquellas no fueron debidamente acreditadas por ausencia de material probatorio; segundo: concretar si las prestaciones económicas o asistenciales se encuentran compensadas por orden del Gobierno Nacional y, tercero: definir si en el presente caso, contrario a lo indicado por el A quo, se encuentra acreditada la excepción de prescripción.

## CONSIDERACIONES

De cara a analizar el objeto de debate planteado, esta Sala de Decisión considera justo memorar aquellos lineamientos normativos y jurisprudenciales que guiarán el *examine* y la posible construcción o deconstrucción de las tesis planteadas por los extremos procesales.

Conforme a ello, se precisa que en tratándose de riesgos por actividades ejecutadas en el marco de una relación laboral, se ha concretado la ocurrencia de dos posibles responsabilidades, a saber, las subjetivadas y objetivadas, siendo éstas, las últimas, las que conducen a la reparación de daños a cargo de las administradoras de riesgos profesionales, inherente al reconocimiento de beneficios o prestaciones económicas cuando el acreedor se encuentra afiliado

al sistema. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral enseñó en las sentencias bajo rad. 39446 de 2012, reiterada en la SL 16792 de 2015 y SL 10186 de 2007, que:

*«(...) en materia de riesgos profesionales, surgen dos clases de responsabilidad claramente diferenciadas; una de tipo objetivo, derivada de la relación laboral, que obliga a las administradoras de riesgos profesionales a atender y reconocer a favor del trabajador, las prestaciones económicas y asistenciales previstas por el Sistema de Riesgos Profesionales en tales eventos, prestaciones que se generan al momento en que acaece el riesgo profesional amparado, para cuya causación resulta indiferente la conducta adoptada por el empleador, pues se trata de una modalidad de responsabilidad objetiva prevista por el legislador con la finalidad de proteger al trabajador de los riesgos propios a los que se ve expuesto al realizar la actividad laboral.*

*Tenemos también la responsabilidad civil y ordinaria de perjuicios prevista en el artículo 216 del C.S.T., [subjética] ésta sí derivada de la “culpa suficientemente probada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional’ (...).»*

Así, bajo el amparo del sistema de riesgos profesionales, se garantiza el pago de prestaciones económicas como incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial, pensión de invalidez, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y, a su vez, de aquellas tituladas como asistenciales, que abarcan atención integral del incidente como promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y readaptación (Decreto 1295 de 1994, Ley 776 de 2002, Ley 1562 de 2012 y Decreto 1072 de 2015).

Es en cumplimiento de las anteriores obligaciones encomendadas a las administradoras, que en el evento de presentarse el riesgo laboral y, con ello, el pago de prestaciones monetarias, la entidad que en su momento tenga la afiliación del trabajador deberá ejecutar su reconocimiento, conforme lo enseña el parágrafo 2º, artículo 1º de la Ley 776 de 2002, que a la letra refiere:

**«ARTÍCULO 1o. DERECHO A LAS PRESTACIONES.** *Todo afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales que, en los términos de la presente ley o del Decreto-ley 1295 de 1994, sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tendrá derecho a que este Sistema General le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas a los que se refieren el Decreto-ley 1295 de 1994 y la presente ley.*

(...)

**PARÁGRAFO 2o.** *Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación*» (subraya fuera de texto)

Precisando que:

«Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, **podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido periodos sin cobertura**» (resalta fuera de texto)

Institución que igualmente fue relatada en el artículo 5º del Decreto 1771 de 1994, compilada en el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo No. 1072 de 2015, en su artículo 2.2.4.4.5., que a la letra indica:

*«Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación.*

*La entidad administradora de riesgos laborales que atienda **las prestaciones económicas** derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.*

*La entidad administradora de riesgos laborales que asuma **las prestaciones económicas**, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la presión de invalidez o de sobrevivientes»* (acentúa la Sala)

Atendiendo las pautas que preceden, innegable resulta concluir que la institución reclamada por la parte convocante a juicio, en efecto, se encuentra establecida dentro de la normatividad nacional y da lugar al reintegro completo o, a prorrata, de las sumas pagadas con ocasión a las patologías de los afiliados, a la administradora que a esa fecha estaba en resguardo de los derechos del trabajador, siempre que se trate de los valores asumidos por prestaciones económicas, pues aunque el artículo 5º del Decreto 1771 de 1994 regula el reembolso entre entidades administradoras de riesgos profesionales, en torno a las prestaciones asistenciales dispone que, deben ser pagadas en su totalidad por la ARL a la cual está afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación asistencial, sin que disponga en sus incisos siguientes, la posibilidad de repetir contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad; caso contrario, sucede con las prestaciones económicas, pues expresamente señala cuándo procede (cuando las ARL asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección) y cuando lo puede solicitar (dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la presión de invalidez o de sobrevivientes).

Por tanto, conforme a la interpretación integral de las normas en cita, se desprende que la intención del legislador en este asunto, fue la asunción de prestaciones económicas por parte de todos sus integrantes, siempre que durante el periodo de afiliación el trabajador hubiese estado expuesto al riesgo; nunca las prestaciones asistenciales, porque ello equivaldría a que el trabajador no dejaría de ser afiliado de la(s) anterior(es) ARL, en la medida en que cualquier atención médica, quirúrgica, terapéutica o farmacéutica, servicios de hospitalización, servicios de odontología, servicios auxiliares de diagnóstico o tratamiento tendrían que ser objeto de recobro cuando ya no está(n) recibiendo cotización alguna por asunción del riesgo laboral.

En este punto, nótese que durante la vigencia de la afiliación las prestaciones asistenciales se cubren con la prima de aseguramiento, sin que pase lo mismo con las prestaciones económicas, ya que para estas el parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 776 de 2002 previó la constitución de reservas para todas las administradoras del sistema, la cual, tiene como finalidad el cumplimiento en el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a los afiliados. Además, el valor de las prestaciones asistenciales es entregado a terceros, a diferencia de las prestaciones económicas (subsidio por incapacidad temporal, pensión de invalidez o sobrevivientes y auxilio funerario) que son dineros recibidos directamente por el trabajador o sus beneficiarios.

En claro lo anterior, descendiendo al caso objeto de estudio, se tiene que la parte actora pretende el reembolso del 100% o el porcentaje que se encuentre probado en las diligencias, de los gastos en los que incurrió por concepto de prestaciones asistenciales, incapacidades temporales e indemnizaciones por incapacidades permanentes parciales, respecto de las afiliadas que se discriminan a continuación, con los datos que importan al proceso y que se advierten debidamente probados:

Afiliada	Afiliación a la ARL Colmena	Afiliación a la ARL Positiva	Enfermedades de origen laboral	Porcentaje de PCL	Fecha de estructuración	Tiempo exposición al riesgo	Folios
Nohora Beatriz Giraldo Monsalve	Desde 01/01/2009 hasta el 31/03/2015	Desde 01/04/2015	Síndrome del túnel del carpo derecho e izquierdo, tendinitis de flexoextensores del carpo derecho e izquierdo, epicondilitis bilateral derecha e izquierda	16,10%	24/08/16	12 años	55 cuaderno 1 y 6 a 8, 21, 14 a 20 cuaderno 2
María Edilma Mora Barrios	Desde 01/01/2009 hasta el 31/03/2015	Desde 01/04/2015	Síndrome del túnel carpiano bilateral	14,67%	24/10/16	367 meses	61 cuaderno 1, 179 a 182, 184 a 188 y 189 cuaderno 2
Alba Otilia Gómez Gómez	Desde 01/01/2009 hasta el 31/03/2015	Desde 01/04/2015	Síndrome del túnel carpiano bilateral y lesión del nervio cubital izquierdo	20,76	22/07/16	132 meses	58 cuaderno 1, 222 a 225, 233 y 227 a 232

Sobre el punto, sea lo primero advertir que, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, la Sala ha de descartar de plano el reembolso de los valores pagados por las afiliadas en referencia a cargo de la ARL Positiva, a título de prestaciones asistenciales, pues como se advirtió anteriormente, el derecho a repetir proporcionalmente por el valor pagado por parte de la administradora de riesgos laborales, solo se hace extensivo a las prestaciones económicas, lo cual implica descartar de la condena impuesta por al A quo, aquellos valores que corresponden a lo que canceló la parte demandante por prestaciones asistenciales.

Ahora bien, en punto de las prestaciones económicas, entendidas estas como incapacidades temporales e indemnizaciones por incapacidad permanente parcial, en primer lugar, debate la demandada en su alzada, que la ARL Positiva no asumió la carga que le competía a la luz del artículo 167 del CPT y de la SS, pues pretendió demostrar los gastos que pagó por tales conceptos, con pruebas documentales que carecen de valor probatorio, al emanar de la entidad y encontrar sustento en su propio dicho.

Sobre el punto, observa la Sala que la parte demandante reclamada el reembolso del porcentaje correspondiente, sobre las incapacidades temporales reconocidas a las señoras Nohora Beatriz Giraldo Monsalve por \$3.714.107, María Edilma Mora Barrios por \$5.158.525 y Alba Otilia Gómez Gómez por \$5.577.598; asimismo, persigue el reembolso a que hubiere lugar, sobre las indemnizaciones por incapacidad permanente parcial reconocidas a las aludidas afiliadas por \$21.912.113, \$8.247.915 y \$32.389.234, respectivamente.

Para acreditar el pago de dichas prestaciones, la ARL Positiva arrió las certificaciones expedidas por su Gerente de Indemnizaciones, el reporte de incapacidades temporales liquidadas por la propia administradora y certificados expedidos por el revisor fiscal de la compañía, visibles a folios 24, 25, 172, 192, 193, 216, 236, 237, 385, 342 a 349, documentales que, contrario a lo indicado por el Juzgado de Conocimiento, no tienen la virtud de acreditar de manera cierta los pagos efectuados por la parte convocante a favor de las afiliadas, como presupuesto necesario para el reembolso deprecado por efecto de la exposición al riesgo.

Se concluye lo anterior, porque las certificaciones expedidas por la Gerencia de Indemnizaciones de la ARL Positiva fueron elaboradas por la misma entidad, es decir, que contienen manifestaciones emanadas de la misma reclamante en construcción de su prueba y sin soporte del pago efectivo, respecto del cual tampoco se reseña fecha de cancelación, lo que también se concluye de los reportes generales de incapacidades temporales, pues nótese que los mismos corresponden a una relación pormenorizada de dichas prestaciones, elaborada por la parte activa, que si bien discrimina la fecha de pago de cada incapacidad, lo cierto es que frente a ello no se acompañó el soporte de cancelación o transferencia a favor de cada afiliada.

Sobre el punto, cumple advertir que si bien la ley habilita a algunas entidades del Sistema de Seguridad Social Integral a expedir actos unilaterales que no solo constituyen plena prueba de lo que ellos registran, sino que, además, prestan mérito ejecutivo, como así sucede con la liquidación en la que las administradoras de los regímenes de pensiones determinan el valor adeudado por concepto de aportes al Sistema General de Pensiones, conforme a las voces del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que no existe norma que contenga una previsión en símiles términos para los casos en los que una ARL pretende el reembolso de la proporción de las prestaciones económicas, que por virtud de la ley le correspondía asumir a otra.

Por tanto, conforme lo aduce la parte recurrente, con las certificaciones aludidas, no se logra demostrar que ARL Positiva efectivamente se encargó del pago de las prestaciones económicas reclamadas, porque aceptar que ello sea posible, implicaría admitir que las partes de un proceso judicial pueden fabricar sus propias pruebas, lo cual resulta inaceptable.

Sobre la certificación emitida por el revisor fiscal, ha de decirse que las cifras allí relacionadas por cada afiliada provienen de los soportes allegados por la propia demandada, pues nótese que en su encabezado se indica que la información suministrada es el resultado de la consulta de información en el aplicativo SISE y “*los certificados expedidos por la Gerencia de Indemnizaciones de la Aseguradora*”, razón que impide tener en cuenta lo plasmado en el documento para efecto de proceder a una eventual condena como erradamente procedió el A quo, quien luego de verificar el porcentaje de exposición al riesgo procedió a impartir la condena proporcional con base en el valor total reportado en la citada certificación.

No sobra recordar que en lo tocante a las certificaciones emanadas de los revisores fiscales y contadores, establece el artículo 777 del Estatuto Tributario que “*Cuando se trate de presentar en las oficinas de la Administración pruebas contables, serán suficientes las certificaciones de los contadores o revisores fiscales de conformidad con las normas legales vigentes, sin perjuicio de la facultad que tiene la administración de hacer las comprobaciones pertinentes*”; no obstante, el Consejo de Estado desde providencia del 25 de septiembre de 2008, expediente No 15255, tiene dicho al respecto que:

*“deben contener algún grado de detalle en cuanto a los libros, cuentas o asientos correspondientes a los hechos que pretenden demostrarse; no pueden versar sobre las simples afirmaciones acerca de las operaciones contables de que dichos funcionarios dan cuenta, pues “en su calidad de profesional de las ciencias contables y responsable de la contabilidad o de la revisión y análisis de las operaciones de un ente social, está en capacidad de indicar los soportes, asientos y libros contables donde aparecen registrados las afirmaciones vertidas en sus certificaciones”.*

Así, lo procedente era verificar si en cada una de las documentales de las afiliadas se encuentra el soporte del pago recibido por cada una, que dé cuenta de que efectivamente la entidad demandante reconoció y pagó la suma de dinero que ahora pretende le sea reembolsada por efecto de la exposición al riesgo sobre las prestaciones de tipo económico.

Así las cosas, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a COLMENA S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra, pues como bien se advirtió en su alzada, la parte activa no cumplió con su carga de probar el pago efectivo de las prestaciones económicas respecto de las cuales pretende el reembolso; motivos que, además, relevan a la Sala de analizar los restantes puntos de apelación que fueron

expuestos. Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se imponen a cargo de la parte demandante, tásense por el Juzgado de Conocimiento.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

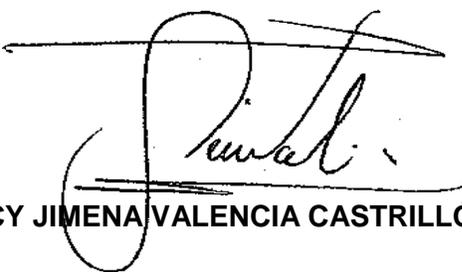
**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 3 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLMENA S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia se imponen a cargo de la parte demandante, tásense por el Juzgado de Conocimiento.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**  
Aclara voto



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Sumario
<b>RADICADO:</b>	11001-22-05-000-2023-00519-01
<b>DEMANDANTE:</b>	YEISON ANDRÉS QUINTERO MORALES
<b>DEMANDADO:</b>	SALUD TOTAL EPS
<b>ASUNTO:</b>	Apelación Sentencia 1º de diciembre de 2022
<b>JUZGADO:</b>	Superintendencia Nacional de Salud
<b>TEMA:</b>	Reembolso gastos médicos
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia del 1º de diciembre de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del proceso promovido por **YEISON ANDRÉS QUINTERO MORALES** contra **SALUD TOTAL EPS**, con radicado No. **11001-22-05-000-2023-00519-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## **DEMANDA<sup>1</sup>**

El señor **YEISON ANDRÉS QUINTERO MORALES** presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **SALUD TOTAL EPS**, para que, mediante sentencia judicial, se condene a la convocada a reconocerle la suma de \$2.707.000 por los gastos en que incurrió por concepto de atención en urgencias en la IPS URGENCIAS DEL NORTE.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que en el mes de mayo de 2021 fue diagnosticado con Covid 19, por manera que concurrió al servicio de urgencias de la EPS demandada, en la IPS San Diego de la ciudad de Medellín, dado que presentaba falta de aire; sin embargo, no fue atendido bajo el argumento que sus síntomas eran normales. Agregó que al ser más severo el síntoma anotado, se preocupó y se dirigió por segunda vez a la institución prestadora de servicios salud, empero no recibió ninguna atención, y es por ello que, asistió al servicio particular de urgencias, de la Clínica URGENCIAS DEL NORTE ubicada en Bello Antioquia, la cual no tiene ningún convenio con la demandada y en donde lo hospitalizaron por 6 días. Que ha elevado diferentes solicitudes ante la Superintendencia Nacional de Salud, buscando ayuda para resolver su situación, a lo cual la entidad le ha respondido que la EPS demandada establecería comunicación con él, sin embargo, a la fecha la convocada no ha emitido pronunciamiento alguno.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

La entidad de salud, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que conforme a la historia clínica aportada por el actor, se evidencia que este asistió a la IPS que atendió la urgencia por mera liberalidad, aunado a que dicha institución no solicitó autorización alguna por parte de Salud Total, siéndole a esta imposible conocer la situación presentada por el señor Quintero, quien pese a requerir hospitalización, no se le comunicó a la EPS, ni se le requirió para

---

<sup>1</sup> Páginas Archivo 1 Carpeta 1 del Expediente Digital

<sup>2</sup> Archivo 1 Carpeta 3 del Expediente Digital

solicitar las respectivas autorizaciones, de suerte que, no concurren los presupuestos requeridos para la procedencia del reembolso, toda vez que no existe una autorización, a fin que el actor recibiera atención por parte de la IPS Urgencias del Norte, ni tampoco ha manifestado incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada para cubrir las obligaciones relativas a la prestación de los servicios médicos del accionante.

Finalmente, solicitó que en caso de acceder a la pretensión formulada en la demanda, se ordene a la ADRES pagarle en un término máximo de 10 días, la totalidad de los costos en que incurra por el reconocimiento económico del reembolso por gastos médicos o la diferencia entre el reembolso y la UPC del usuario.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>3</sup>**

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2022-001224 del 1º de diciembre de 2022, resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, ordenó a SALUD TOTAL EPS, reembolsar al demandante la suma de \$1.597.000 en el término de 5 días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo, previa mención de los desarrollos normativos previstos en relación con la urgencia médica y su atención, así como de la verificación realizada por el profesional de la medicina José Agustín Arias Millán como integrante de apoyo a la labor hermenéutica de la autoridad judicial, que el actor fue atendido en consulta prioritaria el 22 de mayo de 2021 en la IPS San Diego de la Ciudad de Medellín, conforme a autorización de servicios allegada por la demandada, aunado a que revisada la documental médica que obra en autos, se avizora que la atención dispensada en la IPS Urgencias del Norte de Bello, constituyó una urgencia médica al presentar patología respiratoria, neumonía SARS COVID 19, siendo atendido en la unidad de observación de cuidados asistenciales y hospitalización por manejo, bajo

---

<sup>3</sup> Archivo pdf Carpeta 5 del Expediente Digital  
*Sala Laboral*  
*Tribunal Superior del Distrito Judicial*  
*Bogotá D.C.*

supervisión médica, con apoyo diagnóstico y terapéutico, desde el 25 al 31 de mayo de 2021, servicios de salud que fueron requeridos por el usuario con sus propios recursos, para evitar mayores riesgos a su salud, acotando que al tratarse de una atención en urgencia atendida en un IPS que no tiene contrato con la EPS convocada, procede el reconocimiento económico, al tenor de lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019.

Agregó que la accionada no garantizó accesibilidad, oportunidad ni integralidad en la atención de salud requerida por el accionante, razón por la cual este tuvo que acudir como particular a la IPS Urgencias del Norte de Bello S.A.S., siendo claro que la EPS no actuó con la suficiente diligencia al dejar de aplicar un tratamiento oportuno y eficaz, así como el seguimiento y protocolos para los pacientes con sospecha de haber contraído la infección por el virus SARS-COV-2/COVID19, teniendo en cuenta la prioridad y urgencia que la situación ameritaba, reiterando que es procedente el reembolso deprecado, en los valores probados con las facturas aportadas al proceso.

Dijo que no es posible ordenar el recobro a cargo de la ADRES, toda vez que los servicios debatidos, se encuentran incluidos en el plan de beneficios en salud, en virtud del artículo 23 de la Resolución 2481 de 2020, es decir, la prestación de servicios de salud en el marco de una atención integral de urgencias en paciente con registros de grave afección pulmonar con manejo terapéutico y oxígeno.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada **SALUD TOTAL EPS**, presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, manifestó que conforme al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con 60 días siguientes a la radicación de la demanda para resolver el presente asunto, quedando plenamente probada la pérdida de competencia de dicha autoridad judicial para fallar sobre el proceso, teniendo en cuenta que la demanda se radicó el 26 de noviembre de 2021, el auto admisorio

se profirió el 24 de febrero de 2022, la contestación de la demanda se radicó el 17 de marzo de 2022 y la sentencia se profirió el 1º de diciembre de símil año, esto último, después de pasados 251 días hábiles desde la radicación del *libelo genitor*.

Señaló que existe una flagrante violación al debido proceso y el derecho de defensa de la EPS, toda vez que en el texto de la sentencia opugnada se tuvo como fundamento principal para impartir la condena en su contra, el informe experto del galeno José Agustín Arias Millán, como se constata en la página 9 de la decisión, sin que previamente se hubiere descrito el traslado para ejercer el derecho de contradicción, contrariando lo dispuesto en el artículo 170 del CGP, en virtud del cual las pruebas decretadas de oficio estarán sujetas a la contradicción de las partes, lo cual configura una nulidad insaneable, a la luz del artículo 164 del CGP, en cuanto dispone que las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

Con sustento en lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar, absolver a la EPS de responsabilidad alguna<sup>4</sup>.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada<sup>5</sup>, primero: si el fallador de primer grado perdió competencia para conocer del presente asunto, al no observar los términos previstos en la ley para resolver el caso planteado; segundo: si hay lugar a revocar la decisión proferida por el A quo, en tanto no se describió traslado del informe elaborado por el experto profesional de la medicina José Agustín Arias Millán, en desconocimiento del derecho de defensa y contradicción de la entidad convocada.

---

<sup>4</sup> Archivo pdf carpeta 6 del expediente digital.

<sup>5</sup> Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

## CONSIDERACIONES

Procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, los usuarios del subsistema de seguridad social integral en salud, pueden pretender mediante un proceso verbal sumario el reconocimiento de los gastos médicos, norma que en su literalidad estableció:

*«Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta **por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente (...)»* (Resalta de la Sala).

Analizando el texto de la norma anteriormente referida, resulta lógico entender, que si bien las EPS y demás entidades que administran los regímenes exceptuados en salud son las directas responsables de la prestación de los servicios de salud de sus afiliados de forma integral, eficiente y oportuna, a través de las diferentes Instituciones Prestadoras del servicio de Salud – IPS - con las cuales tenga contrato, esa inejecución en los términos previstos por el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, permite habilitar al usuario para que solicite el reconocimiento de los gastos en los cuales incurrió, en caso de haber sido atendido por una IPS que no disponga de contrato de servicios con la respectiva EPS al cual se encuentre adscrito.

No hay que olvidar que los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el SGSSS y los regímenes exceptuados, deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y los demás principios y fundamentos que inspiran el sistema, debiendo destacar

que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación de todas las entidades que conforman el mismo, debiendo prestar el servicio de salud sin obstáculo alguno, porque no brindarlo en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de la persona.

Pues bien, respecto a este asunto, esta Colegiatura de un estudio de la norma seguida en líneas precedentes, evidencia que el legislador en el artículo 14 *ejusdem* previó la configuración de tres supuestos fácticos para el reconocimiento del mentado reembolso, a saber, la atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS, en segundo lugar, cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para la atención específica y, finalmente, en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS, se *itera*, ello de una lectura minuciosa de la normatividad.

En tal contexto, de los supuestos fácticos y del estudio de los medios probatorios obrantes al plenario, se evidencia que el reclamo jurisdiccional se centra en aquellas situaciones jurídicas vistas en los enunciados «*atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S*» y «*en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios*», mismas que el fallador de primer grado encontró probadas para acceder al reembolso reclamado, frente a lo cual no existe discusión por parte del apelante, pues nótese que en su recurso de alzada únicamente plantea que la autoridad falladora perdió competencia para conocer del caso, en tanto emitió la decisión que puso fin a la instancia, pasados más de los 60 días legalmente previstos para el efecto, contados desde la radicación de la demanda, y adicional a ello, no recorrió traslado del informe elaborado por el experto profesional de la medicina José Agustín Arias Millán, en desconocimiento de su derecho de defensa y contradicción.

Pues bien, sobre el primer punto de inconformidad, conforme al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, ha de advertir la Sala que en efecto los conflictos relacionados con el reconocimiento económico de los gastos en los que haya incurrido el

afiliado, en los 3 presupuestos anteriormente aludidos, la Superintendencia Nacional de Salud debe emitir sentencia dentro de los 60 días siguientes a la radicación de la demanda, lo cual no se cumplió en el presente asunto, pues el *libelo genitor* fue radicado el 22 de noviembre de 2021, como se observa de dicho escrito (archivo 1 carpeta 1 del ED), y el fallo de primer grado fue emitido el 1º de diciembre de 2022, sin embargo, esa sola circunstancia no genera la consecuencia aludida por el recurrente, esto es, la pérdida de competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para conocer del asunto puesto a su consideración, como quiera que ello no se encuentra previsto en la norma especial que regula el trámite sumario, y en esa medida, no resulta atendible ese motivo para revocar la decisión opugnada, menos aún, cuando no existe norma que determine la autoridad que debe conocer del asunto, ante una eventual pérdida de competencia del fallador de primer grado.

En relación con el argumento relativo a que no se le corrió traslado a la EPS convocada del informe técnico científico emitido por el Dr. José Agustín Arias Millán, en el cual se soportó la decisión discutida, precisando que sobre ella no se dio la oportunidad de contradicción, lo cual conllevó a la violación del derecho al debido proceso, debe indicarse que como en otras decisiones lo ha precisado este mismo Tribunal<sup>6</sup>, dicho informe técnico no constituye un medio de prueba decretado de oficio, sino que es una valoración y análisis técnico que hace la Superintendencia dentro de su función jurisdiccional, de conformidad con el párrafo 3º del artículo 6º de la Ley 1949 de 2019<sup>7</sup>, por lo que no era obligatorio que de tal informe se corriera traslado a las partes dentro del trámite de la primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, no se esgrimió por el recurrente ningún argumento de hecho o de derecho con la identidad y contundencia suficientes para controvertir la decisión de primera instancia, pues se *itera*, nada se discute sobre la conclusión del A quo, relativa a que en el caso

---

<sup>6</sup> Sentencia del 24 de abril de 2018, radicado 11001-22-05-000-2017-02075-01, M.P. María Isabel Arango Secker y Sentencia del 11 de octubre de 2022, radicado 11001-22-05-000-2021-00101-02, M.P. Elcy Jimena Valencia Castrillón.

<sup>7</sup> “(...) el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir sentencia definitiva o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico o el médico tratante según el caso”.

Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá D.C.

de autos se reúnen las condiciones previstas en la ley para la procedencia del reembolso reclamado, razón suficiente para confirmar la sentencia en su integridad.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de SALUD TOTAL EPS por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia S- S-2022-001224 del 1º de diciembre de 2022, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** de esta instancia estarán a cargo de la parte DEMANDADA por no haber prosperado su recurso de apelación. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

  
**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

  
**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

  
**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA DE DECISIÓN LABORAL  
MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	110013105003-2020-00294-01
<b>DEMANDANTE:</b>	LAURA CAROLINA MARÍN DELGADO.
<b>DEMANDADO:</b>	BANCOLOMBIA S.A. Y LA FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.
<b>ASUNTO:</b>	Apelación Sentencia 10 de octubre de 2022.
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.
<b>TEMA:</b>	Despido
<b>DECISIÓN:</b>	CONFIRMA

Hoy, veintidós (22) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**, **ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuestos por la Fiduciaria Bancolombia S.A. en contra de la sentencia del 10 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **LAURA CAROLINA MARÍN DELGADO** contra **BANCOLOMBIA S.A.** y la **FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A.** con radicado No. **110013105003-2020-00294-01**.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

## DEMANDA<sup>1</sup>

La promotora de la acción pretende se declare que entre las partes se celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre el 7 de marzo de 2011 y el 11 de septiembre de 2017, que se declare que la relación laboral terminó con violación al debido proceso convencional establecido en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre Bancolombia S.A. y los sindicatos Sintrabancol y Uneb, vigente entre los años 2014 a 2017, como consecuencia de ello, se ordene al reintegro sin solución de continuidad desde el 11 de septiembre de 2017, hasta el momento que se materialice. Como pretensión subsidiaria, se condene a las demandadas al pago de la indemnización por despido injustificado conforme a lo establecido en la Convención ibidem, que se falle extra y ultra petita, la indexación y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 7 de marzo de 2011, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de Auxiliar de Departamento I, y desempeño las actividades del cargo en la Gerencia Jurídica de Procesos Judiciales de la Vicepresidencia Jurídica de la Secretaria General del Grupo Bancolombia, que el último salario devengado ascendió a la suma de \$1.901.268.

Indicó, que por circunstancias de calamidad doméstica solicitó a la demandada un crédito de libre destino de empleado, que luego de elevar sendas peticiones a través de correos electrónicos enviados desde la cuenta corporativa, recibía respuesta negativa por parte de su ex empleador, bajo el argumento que debía enviar el certificado paz y salvo de anteriores obligaciones junto con el visto bueno de su jefe inmediato. Señaló, que el 30 de junio de 2017, desde la cuenta de correo de la señora Juliana Londoño López, le fue informado que a pesar de remitir el certificado de paz y salvo no era posible acceder a su solicitud de crédito por no haber acreditado el pago de la obligación pendiente con el Banco Pichincha recientemente y que el límite de su capacidad de pago era la suma de \$315.251,

---

<sup>1</sup> Folios 8 a 93 ED  
Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

ante la respuesta dada solicitó la aplicación de una excepción para el otorgamiento del crédito.

Como respuesta a la petición de excepción para el otorgamiento del crédito, la señora Juliana Londoño, mediante correo del 10 de julio de 2017, le comunicó que debía acreditar los soportes de paz y salvos de varias obligaciones financieras y contar con el visto bueno de su jefe inmediato. Por tanto, la actora, le envió un correo a su jefe, el señor Juan Carlos Candil Hernández, solicitando el requerido visto bueno, el cual fue dado mediante conversación con la demandante. En consecuencia, el 2 de agosto de 2017, Bancolombia S.A. realizó el desembolso del crédito a la cuenta de nómina de la demandante.

Posteriormente, el 5 de septiembre de 2017, la Gerencia de Crédito Hipotecario a través de Ligia Inés Bernett Ocampo, requirió a la demandante para que remitiera soporte de las cancelaciones de Crédito de Libranza 310097264, tarjeta de crédito Master Card Joven, pues el crédito ya había sido desembolsado y no había recibido los soportes, como respuesta al requerimiento comunicó que las obligaciones mencionadas serían canceladas finalizando el mes de septiembre del referido año. Luego, el 11 de septiembre de 2017, le fue notificado la terminación del contrato de trabajo por justa causa.

Resalta la parte actora, que por parte de la ex empleadora no le dio la oportunidad de defensa de ser escuchada sobre los motivos para retrasarse en el pago, aunado, que la excepción para el préstamo de libre inversión de empleado, no se originó en el compromiso de pago de obligaciones adquiridos previamente. Insiste, que frente al presunto engaño de la actora no se acreditó en la terminación del contrato ni hubo un perjuicio grave para la demandada, pues el compromiso de pago que asumió la actora fue para finales del mes de septiembre del 2017.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>2</sup>**

---

<sup>2</sup> Folios 433 a 443 ED  
*Sala Laboral*  
*Tribunal Superior del Distrito Judicial*  
*Bogotá*

La demandada FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones exceptuando la existencia de un contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de Auxiliar de Fideicomisos, siendo su último cargo el de Auxiliar Departamento I en la sección jurídica procesos jurídicos Bogotá. En lo referente al reintegro refirió que la terminación del contrato, comunicada el 11 de septiembre de 2017, goza de plena eficacia, pues tuvo como soporte jurídico en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, y con el artículo 58 numeral 1) del mismo texto normativo, en concordancia con los artículos 14, numerales 5,8 y 9, artículo 17 en su numeral 1, artículo 19 en su numeral 32 y artículo 24 numeral 5 del Reglamento Interno de Trabajo de la Institución.

Insistió que la terminación del contrato de trabajo se dio con justa causa, de conformidad con la cláusula novena del contrato de trabajo celebrado el 3 de marzo de 2011, esto es, el incumplimiento o la violación de las obligaciones y prohibiciones contenidas en este caso y en los reglamentos de la FIDUCIARIA COLOMBIANA. Aduce, que la actora mediante correo electrónico del 5 de septiembre de 2017, aceptó el incumplimiento al compromiso adquirido frente al pago de las obligaciones Crédito de Libranza 310097264 y Tarjeta de Crédito Master Card Joven, al indicar transcurrido más de un mes desde el desembolso, que no ha podido realizar el pago de las obligaciones en la que se comprometió. En consecuencia, ante el incumplimiento de los compromisos adquiridos con el banco en el proceso de aprobación del Crédito de Libre Destino que se le concedió para tratar de normalizar sus obligaciones financieras, procedió a dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa mediante comunicación del 11 de septiembre de 2017.

Propuso como excepciones previas; falta de requisitos formales por indebida acumulación de pretensiones y prescripción. Como excepciones de fondo las que denominó; inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, falta de título y causa en la demandante para reclamar su reintegro y de manera subsidiaria la indemnización convencional, enriquecimiento sin causa de la demandante, buena fe de mi representada, mala fe de la demandante, pago, compensación, prescripción, incompatibilidad del reintegro solicitada, y genérica.

**BANCOLOMBIA S.A.**, a través de apoderado judicial se opone rotundamente a todas las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que la relación laboral la sostuvo con la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. y no con BANCOLOMBIA S.A. Adujo no constarle ningún hecho pues involucra a un tercero ajeno como es el Banco, aclarando que nunca se benefició de las labores desarrolladas por la actora.

Propuso como excepciones previas; falta de requisitos formales por indebida acumulación de pretensiones y prescripción. Como excepciones de fondo las que denominó; falta de legitimación en la causa por pasiva, de la inexistencia prestación personal del servicio por parte de la demandante a mi representada y la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, pago, compensación, prescripción, buena fe, enriquecimiento sin causa, genérica.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bucaramanga, mediante Sentencia del 10 de octubre de 2022, declaró que la actora y la demandada FIDUCIARIA COLOMBIA S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 7 de marzo de 2011 y finalizó el 11 de septiembre de 2017, por decisión unilateral y sin justa causa; condenó FIDUCARIA COLOMBIA S.A. a pagar a favor del accionante la indemnización establecida en el artículo 64 del C.S.T; absolvió a BANCOLOMBIA S.A. de todas a las pretensiones formuladas en su contra y a la FIDUCIARIA COLOMBIA S.A de los demás cargos formulados en su contra y condenó a esta última a costas procesales.

Como fundamento de su decisión, inició por aclarar que, de acuerdo a las manifestaciones hechas por las demandadas en sus contestaciones, en especial lo señalado por la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., las pruebas documentales recaudadas, el contrato de trabajo suscrito por las partes, no queda duda que entre la actora y la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de marzo de 2011 hasta el 11 de septiembre de 2017.

Frente al despido, señaló que conforme a lo expuesto en los hechos de la demanda la actora refirió que existió una violación al derecho de defensa, al debido proceso, pues no adelantó un proceso previo o de descargos al momento de dar por finiquitado el contrato de trabajo. Por otro lado, la demandada FIDUCIARIA señaló que no era necesario adelantar ningún tipo de procedimiento para despedir, como quiera que se configuro una falta grave que constituyó justa causa del despido y no una sanción disciplinaria. Aclarado lo anterior sostuvo, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral estableció que por regla general el despido o la terminación del contrato de trabajo con justa causa no tiene la naturaleza de una sanción disciplinaria, salvo que el ordenamiento interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter. Así mismo citó, la sentencia de la Corte Constitucional SU-449 15 de octubre del año 2020, para señalar que previo al despido debe garantizársele al trabajador el derecho a ser oído o escuchado para proteger el derecho a la honra y el buen nombre, sin que tal circunstancia implique adelantar un proceso en específico.

Indicó que no era posible aplicar el procedimiento establecido en el artículo 26 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues el mismo no señala un procedimiento previo a un despido sino a la imposición de sanciones disciplinarias a los trabajadores, por lo tanto como el despido no es una sanción no estaba obligada la ex empleadora de agotar dicho procedimiento, sin embargo, desde la contestación de la demanda aceptó que no escuchó o llamó a descargos a la actora para que explicara las razones de su incumplimiento en el pago del crédito, pues luego de señalar los correos electrónicos intercambiados entre la actora con el jefe inmediato, y con la gerente de crédito hipotecario, explicó que de la lectura de los mismos no se puede extraer que la demandada dio la oportunidad a la actora de defenderse de las razones invocadas en la carta de terminación del contrato, como la de engañar al Banco para la obtención de préstamos o beneficios que otorga a los empleados o hacer uso indebido o dar destinación diferente a los prestamos dados.

En consecuencia, ante la evidente omisión de la empleadora de dar a la actora la oportunidad de ser escuchada u oída de los cargos imputados para dar por terminado el contrato de trabajo, violo el derecho a la defensa de la ex

trabajadora para poder controvertir u objetar los hechos indagados, negó el reintegro bajo el argumento que no existió violación al debido proceso establecido en el artículo 26 de la CCT pero concedió la indemnización establecida en el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La demandada FIDUCIARIA BANCOLOMBIA sustentó el recurso de apelación en contra de la condena impuesta por concepto de indemnización por despido injusto, argumentando que se encuentra acreditada la justa causa por parte de la actora al no dar cumplimiento a sus obligaciones crediticias para acceder a la excepción de otorgamiento de un nuevo crédito. Agregó, que existe una indebida interpretación de las sentencias citadas, en especial la SU-449 15 de octubre del año 2020, bajo la premisa que debió el Juez de primera instancia revisar si existió o no la justa causa, para luego determinar si se violó o no el debido proceso, circunstancia que en su sentido no aconteció, pues la actora a través del cruce de correos electrónicos fue escuchada de las causas que le fueron imputadas, sin necesidad de una diligencia de descargos.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La parte DEMANDANTE señaló que se le impidió el goce efectivo de los derechos fundamentales de defensa, contradicción y del debido proceso, aunado el hecho que no quedó demostrado el supuesto engaño al empleador, ni tampoco que el crédito solicitado se le diera una destinación que no era la correcta. Por tanto, solicita la confirmación íntegra de la sentencia.

La parte FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia bajo el argumento que la actora cometió una falta grave, pues al ser escuchada a través de los correos electrónicos cruzados con su jefe inmediato no logró dar explicación a los incumplimientos en que incurrió. Por lo tanto, la sentencia de primera instancia no se compece con el ordenamiento jurídico ni con la jurisprudencia, por la sencilla razón que, si no existe un procedimiento para terminar el contrato de trabajo, no estaba obligada aplicar un procedimiento inexistente.

La demandada BANCOLOMBIA S.A, ruega la confirmación íntegra de la sentencia proferida por el Juez a quo.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer; si acertó el Juez de primer grado al condenar a la entidad demandada de la indemnización por despido sin justa causa, al encontrar probado que se vulneró el derecho de defensa de la trabajadora, o a contrario sensu, como lo señala la pasiva se configuró una justa causa por parte de la actora al no dar cumplimiento a sus obligaciones contraídas para la obtención del crédito, ubicándose dentro de las conductas descritas en la carta de terminación del contrato y en el Reglamento Interno de Trabajo, aunado que no existió vulneración al derecho de defensa pues la actora fue escuchada previo al despido.

### **CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

Dadas las resultas de la instancia, son aspectos relevados del debate procesal en apelación, **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, el 7 de marzo de 2011 (fs. 125-130 Archivo 1 Expediente Digital); **2.** Que el contrato fue terminado de forma unilateral por el empleador, el 11 de septiembre de 2017, aduciendo una justa causa para ello (fs. 142-144 Archivo 1 Expediente Digital); **3.** Que la demandante, mediante correo electrónico enviado el 7 de septiembre de 2020, solicitó a las demandadas a ser reintegrada a un cargo igual o mayor jerarquía al vulnerarse el mínimo de derechos y garantías.(f. 222-223 Archivo 01 Expediente Digital).

Para resolver el problema jurídico planteado, debe anotarse que de conformidad con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, reiterada, entre otras, en la sentencia SL3278 de 2022, cuando en juicio se estudia la viabilidad de la indemnización por despido injusto, corresponde al trabajador demandante demostrar el hecho del despido y al empleador demandado, que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

En el caso bajo estudio, los hechos que se endilgan al trabajador se extraen del despido en el siguiente tenor:

Señor

**LAURA CAROLINA MARTÍN DELGADO**  
**AUXILIAR DE DEPARTAMENTO I**  
**Sección Jurídica de Procesos Judiciales Bogotá, Centro y Caribe**  
**Ciudad**

Le informamos que Bancolombia S.A. ha decidido dar por terminado en forma unilateral y con justa causa, a partir de la fecha, el contrato de trabajo suscrito con Usted, con fundamento en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto L. 2351 de 1965 y con el artículo 58 numeral 1) del mismo texto normativo, en concordancia este último con los artículos 55, literales d), g), y h), artículo 60 numeral 1) y artículo 67 literal m) del Reglamento Interno de trabajo de la Institución. Así como con fundamento en el Código de Ética de la Entidad.

Esta determinación se fundamenta en los siguientes hechos:

El día 05 de Septiembre de 2017, recibimos copia de un correo electrónico por parte de la Gerencia de Calidad de Vida, en el que se le solicitaba que presentara los paz y salvo que tenía pendientes con relación a las obligaciones financieras que usted se había comprometido a cancelar (Crédito de Libranza 310097264 y Tarjeta de Crédito Master Card Joven) con el desembolso del crédito de libre destino que le fue otorgado el 02 de agosto de 2017, como beneficio de empleado para cancelación de las obligaciones mencionadas anteriormente.

Lo anterior obedecía a un compromiso de su parte que se especificó y estableció a través de correo electrónico por parte de la Celula Empleados (área que apoya el estudio de estos créditos) en la que se le informó que su solicitud había sido aprobada por excepción con el visto bueno de su jefe, pues Usted no cumplía con los requisitos para acceder a este crédito por su reducida capacidad de pago, valga aclarar que en este correo se mencionó explícitamente lo siguiente:

*"Según radicación y observaciones en Sap para la solicitud de crédito Libre Destino de MARTIN DELGADO LAURA CAROLINA con C.C. 1016018249, se adquiere el compromiso de cancelar con el producto del desembolso las siguientes obligaciones Credito de Libranza 310097264 , Tarjeta de Credito Master Card Joven.*

*Como jefe directo esperamos nos apoye velando que el colaborador cumpla el compromiso adquirido de cancelación, pues de no hacerlo, afectará su endeudamiento general y calidad de vida; estos compromisos pueden ser auditados y reportados a Gestión de lo Humano con el fin de garantizar que se cumplan los acuerdos en pro del bienestar de los empleados."*

Entendiendo que el crédito le fue aprobado desde el 2 de agosto 2017, el pago de esas obligaciones ha debido ser atendido de forma inmediata, sin embargo usted a la presente fecha no ha presentado los paz y salvo, incumpliendo de su parte gravemente este compromiso, y desatendiendo los diversos correos que le han sido enviados por parte de su Jefe, la célula de empleados y la Gerencia de Calidad de Vida, en los cuales se le reitera la solicitud y se le requiere a presentar los paz y salvo, como sucedió el 18 de Agosto de 2017 y el 4 de Septiembre de 2017.

La aprobación del crédito de libre destino, fue el fruto de un beneficio extralegal que la Organización decidió concederle por excepción pues su capacidad de pago no lo permitía y se constituía en una forma de apoyar su situación financiera al tener un mejor flujo de caja y con esto mejorar su calidad de vida.

Sobre este incumplimiento Usted el día 05 de Septiembre de 2017, reconoció haber faltado a los compromisos mencionados, en correo electrónico dirigido a la Gerencia de Calidad de Vida y a la Celula de Empleados, áreas con las que se generó el compromiso.

De lo anterior se advierte que usted además de incumplir los compromisos adquiridos con el banco en el proceso de aprobación del Crédito de Libre Destino que se le concedió para tratar de normalizar sus obligaciones financieras, como una política del Banco tendiente a apoyar a sus colaboradores en este tipo de situaciones, también pone de presente un actuar suyo contrario a lo estipulado en el Reglamento Interno de trabajo especialmente en el Capítulo XV artículo 67, Literal m "Engañar al Banco para la obtención de préstamos o beneficios que otorga a los empleados, o hacer uso indebido o dar destinación diferente a los préstamos concedidos en consideración a su condición de trabajador", lo cual claramente usted no atendió ya que no cumplió con su compromiso de enviar inmediatamente al desembolso los paz y salvo correspondientes a las deudas por las cuales solicitó ayuda, trasgrediendo el compromiso adquirido por usted.

Los anteriores hechos ponen de presente que a pesar de que el Banco le brindó todo el apoyo necesario para mejorar su situación financiera; usted no cumplió con sus compromisos.

En el Código de Ética del banco se establecen parámetros de actuación para sus colaboradores, donde se reflejan coherencia entre el actuar, el pensar y el hacer, así mismo para el Grupo Bancolombia el valor de la confianza es fundamental y bajo esta premisa el modelo de actuación deberá primar en todas las conductas personales enmarcadas en la calidez, cercanía, inclusión y respecto a lo cual usted con su comportamiento trasgredió en varias oportunidades anteriormente señaladas.

Faltas como las enunciadas individualmente consideradas y en su conjunto, no responden a la confianza que la Institución depositó en Usted al designarlo en su cargo de Auxiliar de Departamento I, e implican un incumplimiento grave de las normas, razón por la cual su permanencia en el Banco se hace incompatible.

**Bancolombia**

Las anteriores faltas, se califican como graves en el Reglamento Interno de Trabajo de la Entidad y en consecuencia dan lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, razón por la cual el Banco procede en este sentido.

Le agradecemos hacer entrega a esta Entidad de los elementos de trabajo asignados y el carnet que lo identificaba como empleado del Banco. Oportunamente estarán a su disposición en la Gerencia Regional de Relacionamento Humano las prestaciones sociales que le corresponden y demás acreencias laborales.

Respetuosamente,



**JUAN CARLOS CANDIL HERNANDEZ**  
**JEFE DE SECCIÓN**  
**Sección Jurídica de Procesos Judiciales Bogotá, Centro y Caribe**

En esa misma carta sostuvo la recurrente que la decisión de terminar el contrato de trabajo de forma unilateral se había tomado con fundamento «*artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, subrogado por el artículo 7 del Decreto L. 2351 de 1965 y con el artículo 58 numeral 1) del mismo texto normativo, en concordancia este último con los artículos 55, literales d), g) y h), artículo 60 numeral 1) y artículo 67 literal m) del Reglamento Interno de Trabajo de la Institución*».

Las disposiciones invocadas por el empleador establecen en su tenor literal, lo siguiente:

**“ARTÍCULO 58. OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR.** *Son obligaciones especiales del trabajador:*

*1a. 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 la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.”*

**“ARTÍCULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.** *modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

*A). Por parte del empleador:*

*1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*

*2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*

*3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores*

*4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*

*5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores*

*6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos*

*o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos (.....)*

Ahora bien, frente a las estipulaciones del Reglamento Interno de Trabajo referidas en la carta de terminación, auscultado el estatuto obrante a folios ( 127 a 157 del archivo 07 del expediente), se advierte que el mismo únicamente consagra hasta 30 artículos, sin que se evidencie lo señalado por la demandada, sin embargo, en párrafos posteriores la empleadora demandada consagra lo siguiente «*También pone de presente un actuar suyo contrario a lo estipulado en el Reglamento Interno de Trabajo, (...) “engañar a la Empresa para la obtención de préstamos o beneficios que esta otorga a los trabajadores o hacer uso indebido o dar destinación diferente a los préstamos o beneficios concedidos en consideración a su condición de trabajador»*, la cual si se encuentra estipulada en el numeral 32 del artículo 19 del RIT, como una prohibición de los trabajadores.

El artículo 24 del RIT, en sus numerales 4° y 5° establece como faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato por decisión unilateral de la empresa, por justa causa, además de las establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo las siguiente faltas “*la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias o de las normas generales o especiales que se dicten en la empresa*”, y el numeral quinto refiere “*la falta a los deberes generales del trabajador, el incumplimiento de las obligaciones especiales del trabajador **e incurrir en algunas de las conductas prohibidas***” (negrilla nuestra).

En tal sentido, le corresponde a la Sala determinar si la actora en efecto incurrió en la falta grave estipulada en el reglamento interno de trabajo de engañar a la empresa para la obtención de préstamos o beneficios que esta otorga a los trabajadores o hacer uso indebido o dar destinación diferente a los préstamos o beneficios concedidos, caso en el cual ya no le es posible al Juzgador poner entredicha esa connotación otorgada por el empleador, sino simplemente verificar si en efecto cometió dicha conducta castigable.

Claro lo anterior, una vez analizados los elementos de juicio con que cuenta el plenario, en criterio de la Sala le asiste razón a la recurrente, en el sentido que si se configuró la justa causa de despido invocada por la FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. para terminar de forma unilateral el contrato de trabajo de LAURA LILIANA CAROLINA MARÍN DELGADO, pues se considera que los hechos endilgados sí tienen la connotación para ser calificados como una falta grave que ameritaba su despido, como se pasa a explicar:

Frente a esta conducta endilgada, tenemos que el 30 de junio de 2017, a las 11:33 am, la actora recibió respuesta a su petición de crédito por parte de Juliana Londoño López, quien le informó lo siguiente « *Teniendo en cuenta lo que nos indicas no es posible que accedas al crédito por que la obligación fue cancelada recientemente y por la calificación y comportamiento durante la vida del crédito por política debe pasar 1 año después del pago de la obligación, además de esto no cuentas con capacidad de endeudamiento para cubrir el valor de la cuota del crédito, actualmente cuentas con un disponible de \$315.251*». Ante la negativa, la actora ese mismo día a las 11:51 am, envió un correo a [JULILOND@bancolombia.com.co](mailto:JULILOND@bancolombia.com.co), y solicitó una excepción en relación con la negativa de la aprobación del crédito de libre inversión.

Luego, el 10 de julio de 2017, la señora Juliana Londoño López, a través de correo electrónico le indicó a la demandante que para estudio de la excepción era necesario, primero los “*paz y salvos*” de las obligaciones contraídas con COLSUBDIO CAJA COLOMBIANA, UNE EPM Y DIRECTV. Y segundo, enviar concepto del jefe sobre el visto bueno para la excepción.

El 24 de julio de 2017, a las 2:40 pm, la actora envió correo a su jefe Juan Carlos Candil Hernández, y solicitó el visto bueno para la aprobación del crédito de libre destino que concede el banco a los funcionarios y señaló que las obligaciones con reporte negativo en las centrales de riesgo ya se encontraban saldadas y ya contaba con todos los “*paz y salvos*”. En consecuencia, el 26 de julio de 2017, el señor Juan Carlos Candil Hernández, como jefe inmediato dio respuesta y manifestó lo siguiente: “*De acuerdo con la explicación dada en tu correo, en relación con la situación familiar que buscas solucionar y los reportes por obligaciones ya normalizadas, doy VISTO BUENO a la excepción propuesta por la célula de créditos para los empleados.*

(.)”.

Sala Laboral  
Tribunal Superior del Distrito Judicial  
Bogotá

Posteriormente, el 2 de agosto de 2017, la Gerencia de Crédito Hipotecario Célula Empleadores, a través de la señora Lizeth Johana Rey Agudelo, envió comunicación al señor Juan Carlos Candil Hernández y con copia a la actora, bajo el asunto de “*compromiso*”, y señaló lo siguiente, “*Según radicación y observaciones en SAP para la solicitud de crédito Libre Destino de MARTIN DELGADO LAURA CAROLINA con C.C. 1016018249, se adquiere el compromiso de cancelar con el producto del desembolso las siguientes obligaciones crédito de Libranza 310097264 , Tarjeta de crédito Master Card Joven. Como jefe directo esperamos nos apoye velando que el colaborador cumpla el compromiso adquirido de cancelación, pues de no hacerlo, afectará su endeudamiento general y calidad de vida; estos compromisos pueden ser auditados y reportados a Gestión de lo Humano con el fin de garantizar que se cumplan los acuerdos en pro del bienestar de los empleados (Negrillas nuestras).* Como respuesta a lo anterior, la actora ese mismo día contestó a la Gerencia, informando lo siguiente: “*Buena Tarde. Lizeth, gracias por tu respuesta y toda la gestión en esta solicitud, que he venido realizando; efectivamente he adquirido un compromiso con todas las responsabilidades que a nivel personal esto me trae, así que estoy muy comprometida con esto. De nuevo muchas gracias y estaré atenta a cualquier inquietud o duda que surja sobre el asunto.*” (Negrillas nuestras).

Transcurrido más de un mes, el 5 de septiembre de 2017, la Gerencia de Crédito Hipotecario a través de la señora Ligia Inés Bennett Ocampo, remitió correo a la trabajadora demandante y con copia a su jefe, y solicitó que remitiera los soportes de las cancelaciones del crédito de libranza y tarjeta de crédito master card, pues el crédito ya había sido desembolsado y a la fecha no cuenta con los soportes. Ante lo anterior, ese mismo día, la actora informó que no había podido realizar el pago de las obligaciones pero que se comprometía a finales del mes de septiembre a realizarlos. (Subraya el Despacho).

Ese mismo día, la Gerencia Calidad de Vida, señaló que recibía con preocupación el mensaje, pues el crédito concedido era para pagar dichas obligaciones y por su comportamiento de pago no permitía la concesión del crédito, a lo que la actora respondió lo siguiente « *Margarita, si la verdad yo también he estado muy preocupada por este asunto, pero se me presento una situación que tuve que resolver con este dinero, motivo por el cual aún no he cumplido con el*

*compromiso, pero finalizando este mes de Septiembre retorna a mí el dinero que utilice para resolver la situación a la que hago referencia, así que finalizando Septiembre estaré enviándoles los soportes de pago de las dos obligaciones con las que me he comprometido».* Siendo esta la última comunicación, entre la actora con su ex empleadora.

De los precitados cruces de correos electrónicos entre la actora con su jefe inmediato y como la gerencia de Crédito Hipotecaria, se advierte que en efecto la actora incurrió en **falta grave** descrita, pues la misma acepta su incumplimiento en los compromisos adquiridos para obtener la excepción de préstamo y posteriormente el desembolso, nótese como la propia actora en el correo electrónico enviado a la Gerencia de Crédito Hipotecario Célula Empleados acepta que adquirió un compromiso de cancelar con el producto del desembolso las obligaciones de crédito de Libranza 3100097264 y tarjeta de crédito Master Card Joven, toda vez que la actora no contaba con capacidad de endeudamiento y solicitó ante la referida gerencia y con el visto bueno de su jefe una excepción, siendo otorgada bajo la anterior condición.

Lo anterior se corrobora, con la propia declaración vertida por la actora al absolver el interrogatorio de parte, pues véase como aceptó que solicitó el crédito por una emergencia “manifiesta” para solucionar un tema de salud de su señora madre, que para la obtención del mismo debía solicitar una excepción para el crédito por una falta de capacidad endeudamiento, luego señaló que en efecto adquirió el compromiso de pagar la tarjeta de crédito MasterCard joven con el fin de liberar el cupo de endeudamiento, tal como se ilustra a continuación: «*diga cómo es cierto sí o no que para efectos de otorgamiento del crédito usted se comprometió de pagar la tarjeta de crédito por 700.000 y otro crédito: Contesto: **sí, claro, si eso fue lo que se manifestó para que se realizara la excepción**».* Luego, a la pregunta «*diga cómo es cierto sí o no, que usted no cumplió el compromiso adquirido para el condicionamiento de la excepción para que se le otorgara el crédito. Contesto: claro, no lo cumplí como lo manifesté en un correo, en el entendido me hicieron el desembolso y como lo manifesté tuve que hacer el pago por el tema de salud, y les conteste que no he podido realizar el pago. (conteo de audio 54:56-1:06:42).*»

Por último, la demandante Marín Delgado manifestó que fue requerida en una sola ocasión para que efectuara el pago al que se había comprometido, tal como se evidencia en el correo enviado a Juan Carlos Candil, quien era su jefe inmediato, manifestando que cancelaría las obligaciones al fin de mes con el pago de la segunda quincena del mes de septiembre de 2017.

En ese sentido, no puede la Sala llegar a una conclusión diferente, sino que, en efecto, por parte de la trabajadora se presentó un incumplimiento al compromiso adquirido para la obtención del crédito de libre inversión efectuado por la ex empleadora a través de una excepción, atendiendo que la actora no contaba con capacidad de endeudamiento, y se itera se comprometió a cancelar el Crédito de Libranza 310097264 y Tarjeta de Crédito Master Card Joven, para el otorgamiento y desembolso del crédito, obligación que no atendió. Por otro lado, la pasiva cumplía con la carga probatorio de demostrar la configuración de la justa causa invocada en la carta de despido y que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo de forma unilateral.

Ahora bien, la omisión en la diligencia descargos no es óbice para la declaratoria de un despido injusto, máxime cuando la actora tuvo la oportunidad de defenderse de los cargos endilgados a través del cruce de correos electrónicos con su jefe inmediato y con la señora Ligia Inés Bernett Ocampo, de la Gerencia del Crédito Hipotecario. Al respecto se tiene que efectivamente como lo indicó el Juez de primera instancia y la recurrente, la diligencia de descargos no constituye en un requisito previo al despido del trabajador, puesto que dicho procedimiento se encuentra reservado y obligatorio para cuando se trata de imponer sanciones disciplinarias, más no para la configuración de una justa causa de despido, y no puede equipararse éste a una de aquellas, conforme lo ha precisado la jurisprudencia nacional.

De manera que no le asistía a la empresa accionada la obligación de citar a la ahora demandante, a diligencia de descargos y de adelantar una investigación disciplinaria, porque es claro, como insistentemente lo han expuesto tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, el despido, por regla general, no equivale a una sanción disciplinaria y por ende para su imposición no hay obligación

de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, es decir que para adoptar una decisión como el despido, el empleador no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario; así se dijo, por ejemplo, en las sentencias del 10 de agosto de 2000, radicación, febrero 19 de 2002, radicación 17453 y julio 25 de 2002, radicación 17976, entre otras, como las del 22 de abril y 13 de marzo de 2008, radicaciones 30612 y 32422, respectivamente.

Por el contrario, tal como lo dispuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 45148 del 5 de noviembre de 2014, y recientemente la SL 2351-2020. Lo que debe garantizar el empleador, es la oportunidad al trabajador de conocer los hechos que se le imputan y la oportunidad de defenderse, tal como lo expuso el *A quo*, y como se recuerda lo ha manifestado la Corte Constitucional en la Sentencia SU-449 15 de octubre del año 2020, en donde se amplió el conjunto de garantías a favor de trabajador hasta el punto de consagrar el derecho del trabajador a ser escuchado o de poder dar su versión sobre los hechos, antes de que el empleador ejerza la facultad de terminación, pues se concreta en una garantía que exterioriza no sólo el respeto para la estima del trabajador como individuo, sujeto y no objeto de la relación laboral, sino también su *derecho fundamental de defensa*, como lo advirtió de tiempos pretéritos la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998 y lo asumió en los mismos términos la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2351 de 2020, en tanto que le permite a éste participar en una decisión que lo afecta, con miras a exponer su posición, presentar sus argumentos y exteriorizar las pruebas que justifican sus alegaciones, no solo para proteger su situación contractual, sino especialmente con miras a obtener la verdad de lo ocurrido y salvaguardar, entre otros, sus derechos a la dignidad humana y a no ser menospreciado en su autoestima.

En el sub analice, le asiste razón a la recurrente al afirmar que la actora tuvo la oportunidad de defenderse, pues revidados los correos electrónicos enviados entre la actora y su jefe inmediato, así como, los enviados a la Gerencia de Crédito Hipotecario, se advierte que se propició un diálogo entre empleador y trabajador previo a la decisión de despedir, pues las circunstancias fácticas que configuraron la causal fue objeto de exposición a través del correo electrónico fechado el 5 de septiembre de 2017.

Por tanto, es posible concluir que se respetó el derecho de defensa, pues se probó dentro del trámite procesal, que la actora dio sus explicaciones pertinentes frente al incumplimiento en el pago del compromiso ante la Gerencia de Crédito Hipotecario. Aunado que la actora aceptó en la comunicación de fecha 5 de septiembre de 2017, que no había podido cancelar las obligaciones adquiridas y que solo hasta el fin de mes lo haría con el pago de su salario.

Así las cosas, la demandante tuvo la oportunidad de explicar su actuación suya que conllevó al despido, pues a riesgo de fatigar se demostró que incurrió en engaño al comprometerse al pago de unas obligaciones para la obtención de un crédito por excepción, a sabiendas que no contaba con la capacidad económica para dar cumplimiento al compromiso adquirido desde el 2 de agosto de 2017. En consecuencia, se revocará el ordinal segundo de la sentencia proferida por el A quo, para en su lugar absolver a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Sin costas de instancia al prosperar el recurso de apelación. Costas de primera a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas. Líquidense a través del Juzgado de origen.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO** la Sentencia del 10 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Tercero Laboral del Circuito de Bogotá conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar **SE DISPONE: ABSOLVER** a la demandada del pago de la indemnización por despido sin justa causa.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás.

**TERCERO: SIN COSTAS** de esta instancia. Costas de primera a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas. Líquidense a través del Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**



**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**