



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Proceso Sumario: 110012205000 **2023 00802 01**  
Demandante: EDUARDO GONZALEZ SÁNCHEZ  
Demandado: COMPENSAR E.P.S.  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 13 de abril de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.

**I. ANTECEDENTES:**

**1.1. Demanda:**

El señor EDUARDO GONZALEZ SÁNCHEZ promovió demanda en contra de COMPENSAR E.P.S., a fin de que se le ordene a la encartada y a su favor, el reconocimiento económico por valor de US\$10.712, a razón de los gastos en que incurrió por concepto de atención de urgencias.

En respaldo de sus súplicas, indicó que desde 10 de octubre de 2020 se encuentra desempleado y que su cónyuge, señora ANA MILENA ROJAS BUITRAGO tampoco labora desde el 16 de mayo de 2020, de quien es beneficiario junto con su hijo en el servicio de salud de la EPS encartada en la que su cónyuge es cotizante independiente desde el 1º de noviembre de 2020, agregando que ella estuvo

inscrita al plan complementario la accionada desde 1º de mayo de 2013 hasta 31 de mayo de 2021, con el fin de que este servicio fuera prestado durante el parto, del cual se retiró en esta última calenda al no contar con recurso para sufragar el plan.

Añadió su cónyuge se encontraba en estado de gestación desde el 5 de octubre de 2020 siendo atendida por la ginecobstetra Blanca Fúquene de la EPS COMPENSAR del Plan Complementario en la ciudad de Bogotá, y su fecha probable de parto era el 13 de julio de 2021; pero por motivos personales su cónyuge debió viajar a Santa Cruz de la Sierra en Bolivia el 20 de diciembre de 2020, siendo su fecha de retorno el 18 de marzo de 2021, fecha en la que no le fue posible regresar a Bogotá por motivos ajenos a su voluntad a fin de tener su parto según lo previsto, dado el cierre de la ruta directa desde esta ciudad boliviana hacia Bogotá por parte de la aerolínea Avianca, la cual fue suspendida el 1º de marzo de 2021 por falta de flujo de pasajeros y restablecida el 1º de julio de 2021, cuando su hija ya había nacido, adicionalmente, indicó que las demás aerolíneas desde esa ciudad hacían una escala lo que ponía en riesgo la salud de la madre debido a su edad, pues contaba con más de 40 años y se había presentado una segunda escalada de Covid19.

De otro lado, relata que su hija nació de forma prematura el 22 de mayo de 2021 con 33 semanas de gestación en Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, siendo atendida en la Clínica Montalvo de esa ciudad por parte de un profesional de la medicina, dado que se encontraba en riesgo la salud de su esposa y su hija, y que por esos servicios pagó \$b19.913, los que correspondían a US\$2.885 al 27 de mayo de 2021, fecha en la que pagó tal suma, adicionalmente, debió pagar \$b54.743 que ascienden a UD\$7854 por la hospitalización de su hija, quien estuvo recluida por siete días.

Finalmente, sostuvo que no cuenta con ingresos adicionales para sostener a sus dos hijos y a su esposa, y debió acudir a créditos bancarios con el banco Falabella y con el banco Colpatria, lo que ha perjudicado su situación ya que no ha podido



cumplir con sus obligaciones, y su deuda actual es de UD\$10.712, por lo que solicitó a la convocada a juicio el pago de tales rubros el 7 de julio de 2021, la cual negó el desembolso aduciendo que los hechos ocurrieron en el exterior y que esa EPS solo garantiza servicios en el territorio nacional. (archivo 1 y 3)

### **1.2. Trámite y contestación de la demanda:**

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD mediante auto adiado el 18 de septiembre de 2021 inadmitió la demanda, la que al ser subsanada fue admitida finalmente el 7 de abril de 2022. (archivos 2 y 4)

A razón de ello, COMPENSAR EPS contestó la demanda manifestando que no está obligada a responder por los gastos en que incurrió el gestor, por cuanto los hechos que dieron lugar a los mismos ocurrieron en el extranjero, y se trata de un caso fortuito o fuerza mayor, lo cual es causal de exoneración, por tanto, solicita se desestimen las pretensiones de la demanda. De otro lado, se observa que en su defensa no propuso medio exceptivo alguno. (archivo 05)

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

La SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD profirió sentencia el 13 de abril de 2023, negó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a dicha conclusión, el Juez de instancia mencionó que el reembolso que se depreca por los servicios en salud que le fueran prestados a la señora Ana Milena Rojas Buitrago, fuera del territorio nacional no tiene vocación de prosperidad, ya que con base en el principio de territorialidad el cual hace parte de los principios generales del Plan de Beneficios en Salud – PBS con cargo a la UPC solo tiene cobertura en el territorio nacional; por ende, no es deber de la EPS garantizar el aseguramiento en salud a sus afiliados por fuera del territorio nacional, enfatizando que el PBS establece una serie de prerrogativas para la



atención integral de la gestación, parto y puerperio a la mujer en embarazo en el territorio nacional.

Añadió que en casos de viaje al extranjero se recomienda tomar una póliza de servicios médicos internacionales para el reconocimiento de eventualidades que se pudieran presentar, proceder que debió llevar a cabo la gestante, de ahí, que tal responsabilidad y cobertura que no puede ser trasladada a la EPS, más si se tiene en cuenta que los servicios que hubiese requerido dentro del territorio nacional tiene prelación en atención a su condición, luego, al no existir norma que ordene el pago de los gastos que se reclaman a razón de servicios de salud prestados fuera del país, negó las pretensiones de la demanda. (archivo 6)

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte actora la apeló. Además de reiterar en la alzada los hechos que narró en el escrito genitor, añadió que debido a que el nacimiento de su hija se produjo en Bolivia en plena pandemia y que por una situación de caso fortuito o fuerza mayor atribuible a la aerolínea, se imposibilitó el viaje de su cónyuge al país, de modo que, al ser prioridad el nacimiento de su hija debido a que nació de 33 semanas, es decir, que era prematura; tiene derecho a que le sea amparado su derecho a la vida, ya que para que prevaleciera debió endeudarse, por lo que la EPS no puede excusarse en que solo puede garantizar tal derecho en el territorio nacional, dado que tal derecho es universal, lo que guarda consonancia con lo dictaminado en sentencia SU-819 de 1999, por ende, tiene derecho a que le sean reembolsados los gastos médicos en que incurrió. (archivo 7)

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **4.1. Problema jurídico:**

El problema jurídico se contrae a determinar si en el *sub-examine* resulta procedente el reembolso de las sumas que asumió el extremo activo por los gastos en que incurrió en atención al parto de su cónyuge en el extranjero.

#### **4.2. Del reconocimiento de gastos médicos:**

Sea lo primero indicar, que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, dispone:

*“ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”.*

Asimismo, el artículo 3º de la Ley 100 de 1993 establece que el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.

Entre tanto, los artículos los artículos 44 y 49 de la Constitución Política señalan que el derecho a la salud es inherente a la persona. Es así como el Alto Tribunal Constitucional sobre tal prerrogativa fundamental en sentencia T-017 de 2021, señaló:

*“4.3. Sobre la base del contenido de la Ley 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional en la materia, el derecho a la salud es definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”.*

*(...)*

*“5.3. En síntesis, para la Corte, el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud deben facilitar su acceso en observancia de los principios que rigen la garantía del derecho a la salud. Lo anterior, implica que las EPS no deben omitir la prestación de los servicios*

*de salud por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan el acceso, práctica y finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”.*

Derecho a la salud que se garantiza a las personas residentes en el territorio nacional, conforme se reitera en los artículos, 153, 157, 159, 162 y 178 de la Ley 100 de 1993, y 5 y 6 de la Ley 1751 de 2015; sin embargo, el artículo 15 de dicha norma consagra unas excepciones respecto de la prestación de dichos servicios así;

*“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. (...) En todo caso, los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios: (...) f) Que tengan que ser prestados en el exterior.” (Subrayado por la Sala)*

La Corte Constitucional en sentencia T-279 de 2017, expuso sobre el entendimiento que se debe dar a la precita excepción en la prestación de servicios en salud, que:

*“4.2. En la actualidad la cuestión también ha sido objeto de regulación por parte del legislador. El artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 dispone que el derecho a la salud será garantizado mediante la prestación de servicios y tecnologías. Sin perjuicio de ello, la norma establece los criterios a tener en cuenta para excluir los tratamientos o procedimientos que no pueden ser financiados con los recursos públicos destinados a la salud. Específicamente, el literal (F) se refiere a aquellos que tengan que ser prestados en el exterior. Ahora bien, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control previo de constitucionalidad (sentencia C-313 de 2014), la providencia advirtió sobre el contenido del artículo 15 que “la definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, en el cual la inclusión de todos los servicios, tecnologías y demás se constituye en regla y las exclusiones en la excepción”. Concretamente, sobre el literal (F) del artículo que se refiere a los servicios prestados en el exterior, la Sala Plena estimó que dicha exclusión no desconoce la Constitución pues “se trata de un criterio, sujeto a ser inaplicado en los casos y con las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha indicado”.*

4.3. *En conclusión, el Sistema de Seguridad Social en Salud, por regla general, no garantiza la prestación de servicios médicos que se lleven a cabo en el extranjero. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia ha indicado que la exclusión en mención no es admisible cuando está en riesgo la vida del afiliado. En estos casos, se debe demostrar que el procedimiento no puede ser realizado en Colombia, que el tratamiento no es de carácter experimental, que no se tiene la capacidad de pago para costear el mismo y, adicionalmente, que se cuenta con concepto favorable del médico tratante, en el que se indique la eficacia y el beneficio para la salud derivado del procedimiento, esto es, por qué se requiere con urgencia. Por supuesto, sin descartar otros aspectos particulares y específicos que un caso de esta naturaleza pueda presentar.* (Subrayado por la Sala)

De otra parte, conviene memorar que el numeral 4º del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 12 del artículo 13 de la Ley 1438 de 2011, disponen para los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la posibilidad de escoger libremente la entidad promotora de salud (EPS); y que dicha selección depende la red de instituciones prestadoras de salud (IPS) que atenderán las contingencias que se puedan presentar.

Sobre tal selección, la Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2015, ha referido que “la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se celebrarán convenios y la clase de servicios que se presentarán a través de ellas”. Por ello, en principio, los afiliados están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se les presenten, a las IPS que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantice la prestación integral del servicio al afiliado, es factible acudir a entidades no vinculadas a la red de servicios. En esta materia se refirió la Corte Constitucional en sentencia T-238 de 2003, así: “las EPS’s (...) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*efecto, el único límite constitucional y legal que tienen, radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución”.*

El artículo 3º del Decreto 412 de 1992 define la urgencia médica en su numeral 1º como *“la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.”* Entre tanto, el artículo 9º de la Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud, define la urgencia como *“la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.”*

#### **4.3. Del caso en concreto:**

Al descender al *sub examine*, se memora que el gestor reclamar el pago de US\$10.712, a razón de los gastos en que incurrió en el exterior por la atención de urgencias de su cónyuge, quien estaba en estado de gestación y dio a luz a su hija el 22 de mayo de 2021 en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra – Bolivia, además se encuentra que en esta instancia no se controvierte que tanto el demandante como su cónyuge se encuentran afiliados en la EPS accionada en el régimen contributivo desde 2012 y 2004, respectiva, según consulta efectuada en la página web de la ADRES.

En virtud de lo anterior, se advierte que la constitución y la ley garantizan la prestación de servicios de salud a las personas que residan en el territorio nacional. Empero, de manera excepcional la jurisprudencia como viene de verse, ha aceptado la prestación de tales servicios en el exterior en casos en donde esté



en riesgo la vida del afiliado, siendo menester demostrar que el procedimiento no puede ser realizado en Colombia, que el tratamiento no es de carácter experimental, que no se tiene la capacidad de pago para costear el mismo y, adicionalmente, que se cuenta con concepto favorable del médico tratante en el que se indique la eficacia y el beneficio para la salud derivado del procedimiento, y porqué se requiere con urgencia, igualmente, se ha dicho que se deben analizar otros aspectos particulares y específicos de cada caso.

Bajo ese escenario, si bien no puede obviarse que el parto de la cónyuge del gestor se presentó antes del tiempo previsto, pues según adujo estaba previsto para el 13 de julio de 2021 y el nacimiento de su hija se dio el 22 de mayo de 2021, y que su vuelo de regreso el 18 de marzo de 2021 de Bolivia a Colombia fue cancelado por la aerolínea como consecuencia del Covid19, también lo es, que le ofreció posibilidades de reprogramar el vuelo y además le indicó estaba dispuesta a brindarle soluciones, lo cual ocurrió dos meses antes del parto. (f. 11 a 12 archivo 01)

De otro lado, no puede pasar por alto esta Colegiatura que si bien los derechos a la vida, la salud y la seguridad social de la madre y del menor tienen prioridad, lo cierto es, que no se puede pasar por alto que la gestora a sabiendas de su estado de gestación faltó a los deberes que le asisten frente a la prestación de los servicios de salud como lo indica el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, pues no se observa que haya consultado con su médico tratante la pertinencia del viaje y la duración del mismo, además tampoco examinó la posibilidad de la prestación de servicios salud en el exterior en caso de requerirlo y si sería cubierto por la EPS, y en caso contrario, explorar la viabilidad de adquirir un seguro médico con cobertura en el país en donde estaría, como lo indicó el *a-quo*.

Acorde con lo anterior, la Sala al examinar las particularidades del caso concluye que no se está ante las circunstancias descritas por la jurisprudencia para dar viabilidad al pago de los gastos médicos en que incurrió el actor, quien además, tampoco aporta prueba sumaria que permita colegir la posible vulneración a



derechos como el mínimo vital ante la falta de reconocimiento de los rubros que aquí depreca; situaciones todas que conllevan a confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

**SIN COSTAS** en esta instancia.

#### **VI. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA 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 proferida el 13 de abril de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, dentro del proceso de la referencia de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

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

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**Magistrado**

**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**

**Magistrado**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

**Magistrado**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 03 2021 00432 01  
Demandante:                              ANA LUISA LUNA PANTOJA  
Demandados:                              COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:              DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado LUIS EDUARDO CALDERÓN PASTRANA, identificado con cédula de ciudadanía 1.004.155.816 y T.P. 406.112 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2023 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora ANA LUISA PANTOJA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que la AFP

HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no le suministró información clara, cierta, oportuna, suficiente y transparente al momento de firmar el formulario de afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de allí que su traslado se torne ineficaz, encontrándose así afiliada legalmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio de COLPENSIONES.

Por consiguiente, se condene a PORVENIR S.A. a realizar la devolución con destino a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, gastos de administración, sumas adicionales recibidas por aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo que estuvo afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como que se le condene a COLPENSIONES recibir las contingencias.

En últimas, que se les condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 18 de septiembre de 1989, trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 21 de octubre de 1994 a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Expuso que el promotor de la AFP de entonces no le suministró una información clara, cierta, suficiente y oportuna al momento de realizar el traslado en lo que respecta a las características de ambos regímenes pensionales.

Asimismo, indicó que el asesor le informó que realizando dicho traslado se podría pensionar a la edad que quisiera, pero omitió acerca de las condiciones para lograrlo, no se le efectuó un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia de una pensada pensional en ambos regímenes, no se le indicó la forma en que se conformaría el capital para la obtención de la masa pensional, entre otros aspectos de desinformación.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación con destino del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ante sus dependencias, recibió información clara, oportuna, suficiente y cierta, presentándosele a cabalidad el funcionamiento, condiciones y características del régimen privado, el cual existe plenamente con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ambos ampliamente difundidos desde su entrada en vigencia, a los cuales se les atribuye la carga de informar a sus afiliados todas las características y condiciones propias de sus sistemas.

Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe.

COLPENSIONES por su parte arguyó en su contestación oponerse a la prosperidad de las pretensiones invocadas por la demandante, bajo el entendido que la afiliación con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad fue válida, libre, voluntaria y sin presiones, así como que no obra soporte alguno dentro del plenario que demuestre lo contrario, ni la configuración de vicios en su consentimiento.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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, cobro de lo debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 29 de noviembre de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** del traslado realizado por la accionante ***ANA LUISA LUNA PANTOJA*** el ***21 de OCTUBRE de 1994*** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de igual manera la ineficacia de ese traslado horizontal que se dio a través de esa operación comercial cesión por fusión entre ***HORIZONTES S.A.*** y ***PPORVENIR S.A.*** a partir del 1 de enero de 2014, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

***SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A*** (actual administradora), a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver todos los descuentos que realizó al demandante por gastos de administración, prima de seguros de previsión y el porcentaje destinado a constituir el fondo de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, conforme la parte motiva de esta providencia.

***TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones*** a aceptar el traslado de los aportes que efectúen ***PORVENIR S.A.***, para que proceda a activar la afiliación de la accionante, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida y así mismo actualice la información de la historia laboral en semanas cotizadas.

***CUARTO: DECLARAR NO PROBADA*** la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por todas las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva.

***QUINTO: CONDENAR*** en costas junto con agencias en derecho a todas las demandadas, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1.500.000 cada una.

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

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el problema jurídico a resolver consistía en verificar la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen como consecuencia de la falta de información acerca de las características de los dos regímenes pensionales, así como las ventajas y desventajas del mismo. Seguidamente, al hacer mención a las pruebas que

obran en el plenario, señaló que se podía constatar que el traslado de régimen de la promotora se dio el 21 de octubre de 1994, agregando que, de la declaración rendida por la accionante, no se advierte confesión frente al suministro de una debida información, toda vez que no cumplió con los requisitos exigidos del artículo 191 del C.G.P., especialmente el numeral 2º.

Añadió, que para la fecha del traslado ya existían normas que imponían la obligación de los fondos de brindar una información objetiva, comparada y transparente acerca de las características de ambos regímenes pensionales, resaltando normas tales como el numeral 1º artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994; además, agregó que la doctrina del precedente vertical emanado por el órgano de cierre de esta especialidad fue dando alcance e interpretación a esas norma como quedó consignado desde la sentencia adiada el 9 de septiembre de 2008 con radicado No. 31989, en la que se concluyó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de las administradoras de pensiones, sin que la firma libre y voluntaria del formulario de afiliación fuese suficiente para dar cumplimiento al deber de información.

Así mismo, depuso que los traslados horizontales, las reasesorías y el hecho de no haber retornado en los tiempos establecidos por la ley, no convalidan el vicio de ineficacia que arrastra el acto inicial del traslado de un régimen a otro.

Concluyó entonces que en el asunto *sub-examine*, no se logró demostrar el cumplimiento al deber de información por parte de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., declarando la ineficacia del traslado de la demandante y ordenando igualmente a la referida AFP trasladar todos los emolumentos a COLPENSIONES recibidos con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, los descuentos realizados a la actora por concepto de gastos de administración, el valor de la prima de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.



En igual sentido, ordenó a COLPENSIONES recibir dichas contingencias provenientes de PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, actualizando debidamente la historia laboral de la señora ANA LUISA en cuanto a las semanas cotizadas corresponde.

Por último, declaró lo probados los medios exceptivos alegados en juicio por las entidades encartadas, así como el pago de costas procesales a las mismas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, también la alta Corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información, como quiera que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada asunto, tópico que no se da en el *sub-examine* ya que la demandante realizó de forma válida el traslado de régimen pensional que por demás fue voluntario, sin presiones e informado de conformidad con la normatividad vigente para el año 1994, sin que se exigiese para el entonces una información como se señaló en el escrito demandatorio.

Igualmente, indicó que como administradora pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en todo momento ha estado revestida de la buena fe objetiva, pues todas las acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes cuando sucedió el traslado.

De otro lado, encontró inconformidad en lo atinente a la devolución de los dineros y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus recursos, en la medida que los efectos de la ineficacia del traslado trae como lógica consecuencia que dichos recursos deban ser entregados a la entidad que administra el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el fin de financiar las pensiones, de suerte que no tiene sentido que los dineros permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no es

beneficiar al afiliado, por lo que de retornar los mismos a COLPENSIONES, implicaría una sanción injustificada que no guarda ninguna congruencia con los efectos jurídicos de la ineficacia, ni mucho menos con las restituciones que de ello pueda derivarse.

Que frente a las agencias en derecho, debe tenerse en cuenta que una vez desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional, consecuentemente debe absolverse de esta condena, pues de conformidad con lo estatuido en el artículo 365 del C.G.P., solo se aplica en casos en que la parte sea vencida en la sentencia de primera instancia; circunstancia por la cual, como administradora pensional del régimen privado no podía impedir el cambio de régimen pensional que pretendía la demandante en su momento, más aún si no se encontraba dentro de alguna prohibición legal.

Por su parte, COLPENSIONES arguyó en su apelación que no existió vulneración al deber de afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, perfeccionándose así el mismo, máxime si se tiene en cuenta que, en virtud del tiempo de permanencia de la actora en ese régimen primado, resulta ser clara su permanencia.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. 21 de octubre de 1994 (Fl. 44 – PDF 01 DEMANDA y fl. 30 – PDF 03 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado de manera

oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la aquí demandante señora ANA LUISA LUNA PANTOJA en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativas</b> | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b> | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b> |
|----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------|
|                            |                                                                                |                                                            |



|                                                                |                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.



Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla,*



*no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,

rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle*

*pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá adicionarse y aclararse como quiera que no emitió condena alguna frente a la indexación de los valores anteriormente descritos por la jurisprudencia. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por último, en los recursos de alzada interpuestos por PORVENIR S.A. solicita la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T.



y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

*“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

*“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.*

De esa forma, al haber sido evidente que PORVENIR S.A. fue objeto de órdenes concernientes a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por consiguiente, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida es palmario que deba imponérsele esta condena, adicional a que en la contestación de la demanda la referida la encartada se opuso a las pretensiones.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

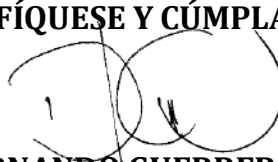
#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR y ACLARAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

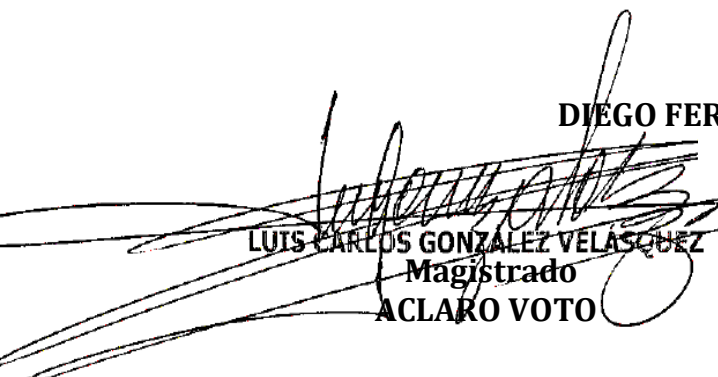
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado  
**ACLARO VOTO**



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

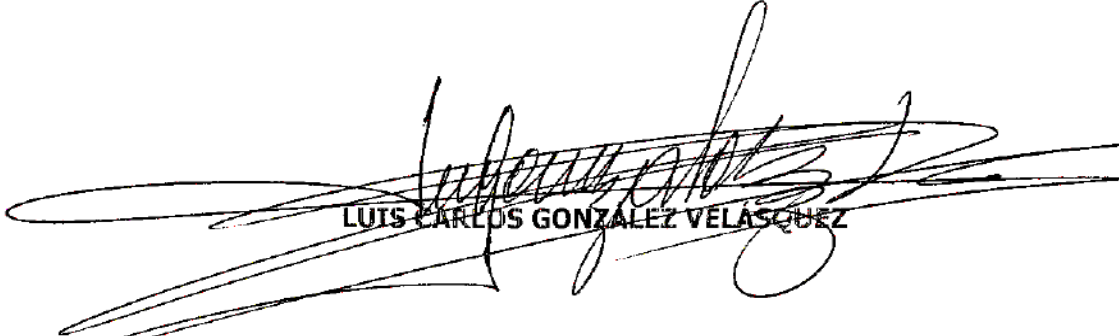
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 03 2021 00432 01 DE ANA LUISA  
LUNA PANTOJA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 04 2021 00478 01  
Demandantes:                    JAIME ANDRÉS ARIAS HERNÁNDEZ  
Demandados:                    CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor LUIS JAIME ANDRÉS ARIAS HERNÁNDEZ formuló demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS S.A., a fin que *“se dé revisión del Contrato de Trabajo suscrito entre las partes, la cual deberá verificar si se produjo la alteración económica en contra del empleado”*.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones refiere que con la empresa CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS S.A. SUCURSAL COLOMBIA suscribió contrato de trabajo a término indefinido, el 18 de febrero de 2019, a fin de desempeñarse como Especialista Forestal, con un salario de \$3.500.000, y con sede de prestación de servicios en la ciudad de Bogotá D.C.; señala que la empleadora desde el 4 de agosto de 2019 disminuyó el salario pactado en un 51.4285%, en tanto solucionó la suma de \$1.700.000, por lo cual, desde dicha data solo percibe el 48.5714% del salario pactado.

Que en repetidas oportunidades ha acudido al Departamento de Recursos Humanos, al Director de la Obra y a la empresa a fin que se normalice su situación salarial, sin obtener respuesta alguna; que radicó derecho de petición del 19 de noviembre de 2020, al cual se dio respuesta el 19 de noviembre de 2020, aduciendo que se suprimió el desarrollo del rol de Auxiliar de Tránsito y Transporte, lo cual implica una disminución del 50% de la carga laboral, así como que la jornada se redujo a un 30% de disponibilidad.

Finalmente, que el desmejoramiento de las condiciones laborales que le han impuesto afectó considerablemente su ingreso, desmejorando su calidad de vida, su patrimonio e incrementando sus pasivos.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

La sociedad CAVOSA OBRAS Y PROYECTOS S.A. contestó la demanda señalando que el contrato de trabajo corresponde al desarrollo de sus actividades en virtud del contrato que la empresa ejecutaba a servicio del IDU No. 1521 de 2017, con una disponibilidad parcial o no mayor al 50% de una jornada ordinaria laboral, por ende, las partes acordaron modificar el alcance del contrato de trabajo, estableciendo que su relación laboral se componía del desarrollo de dos funciones, cada una con un 50% de disponibilidad; así el 18 de febrero de 2019, el demandante y la empresa, dejan expresa constancia del desarrollo de dos funciones dentro de la gestión de su cargo, como Especialista Forestal y Auxiliar de Tránsito y Transporte, contemplando además que la empresa como empleador quedaba con plena disposición y facultad, para modificar, limitar o suprimir este segundo encargo en cualquier momento.

Por ende, el rol o función de Auxiliar de Tránsito y Transporte, fue suprimida, así como las actividades conexas al mismo, pasando a una regulación de 50% de disposición, reajustándose así su remuneración de forma equivalente al servicio prestado, más aún cuando el 6 de agosto de 2019 la empresa vinculó a un trabajador para el desarrollo del cargo del Supervisor de Tránsito.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de abril de 2023, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

indefinido, que tuvo vigencia entre el 18 de febrero de 2019 y el 30 de abril de 2021; condenó a la accionada a pagar \$37.560.000, por concepto de diferencia en los salarios pagados y el realmente debió pagarse por el periodo desde el 4 de agosto de 2019 al 30 de abril de 2021; \$3.135.000 por concepto de diferencia de las cesantías, \$3.135.000 por concepto de diferencia de la prima de servicios; \$276.015 por concepto de diferencia de los intereses a las cesantías; \$1.567.500, por concepto de diferencia de la compensación de las vacaciones; y los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, con los respectivos intereses por la mora a que haya, teniendo en cuenta como ingreso base de cotización la suma de \$1.800.000 que es la diferencia salarial.

Para tal efecto, señaló que el artículo 50 del C.S.T. regula lo atinente a la revisión del contrato de trabajo, cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica, de igual manera, hizo alusión a la sentencia CSJ SL16925 de 2014, referente a la reducción salarial y a la facultad que les asiste a las partes de revisar el contrato de trabajo.

Estimó el *a-quo* que, de la revisión de las pruebas obrantes al proceso, no se advierte que entre las partes hayan pactado de mutuo acuerdo la revisión o reducción del salario, más aún cuando el trabajador mediante derecho de petición manifestó su inconformidad. En igual sentido, que la prueba testimonial no logra formar el convencimiento, en tanto solo se limitaron a señalar que el demandante cumplía algunas funciones y no tienen claro los extremos laborales del contrato.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

De otra parte que, en la cláusula de modificación de las condiciones laborales, parágrafo 3º, se indicó que no implica una desmejora laboral ni una variación en la cantidad de trabajo, tiempo o salario, manteniéndose las condiciones originales.

Por ende, no se había pactado la disminución salarial, lo cual obedeció entonces a una decisión unilateral del empleador, lo cual trasgrede el ordenamiento jurídico, por ende, dispuso la respectiva reliquidación de acreencias laborales teniendo en cuenta el salario inicialmente pactado, así como el pago de aportes al sistema general de seguridad social en pensiones.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandada interpuso recurso de apelación, señalando que, en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con radicación 43.306 29 de noviembre de 2011, se avala el documento suscrito entre las partes a fin de modificar las condiciones del contrato de trabajo en cuanto al horario de trabajo y por ende la remuneración. Así las cosas, es claro el acuerdo en reducir el número de horas trabajadas, por lo cual solo se debía solucionar el período realmente laborado.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación 47781 de 2017, refirió que es factible acordar el monto salarial con excepción a una suma inferior del salario mínimo legal mensual vigente, así como que la modificación de la jornada laboral no afecta los derechos mínimos del trabajador, debiéndose tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, en el entendido que el actor



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

confesó que laboró media jornada tras la remoción parcial de funciones, hecho que fue acordado de mutuo acuerdo.

De otra parte, los testigos si dieron cuenta de la relación laboral y la manera en que se ejecutó, más aún cuando el señor FREDDY EDUARDO BELTRÁN PARRA, corroboró que el actor solo laboró la mitad de la jornada laboral, lo cual concuerda con lo narrado por la señora JOSSEN LORENA FUENMAYOR ORTEGA.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **4.1 Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

##### **4.2 Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará si el accionante tiene derecho a la reliquidación de acreencias laborales y derivadas del pago de aportes al sistema general de seguridad social, con ocasión de la alegada reducción del salario.

##### **4.3 Contrato de trabajo:**

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo como medio vinculante entre las partes, cuyos extremos





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

laborales corresponden al 18 de febrero de 2019 y el 30 de abril de 2021, lo cual además se corrobora con el contrato de trabajo apartado con la contestación de la demanda (fls. 66 a 78 archivo digital 01DemandayAnexos.pdf).

#### **4.4 Reducción salarial:**

El artículo 145 del C.S.T. consagra que salario es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural. Ahora bien, en lo atinente a la modificación o reducción del salario pactado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL del 10 de julio de 2012, Radicación No. 39691, reiterada en sentencia SL4180-2022, Radicación No. 92754 del 28 de noviembre de 2022, señaló:

*“Al desarrollar y dilucidar el Tribunal la premisa de la cual partió, atinente a que su objetivo en cuanto a la apelación interpuesta por la accionada era el determinar si la empresa había o no procedido a reducir el salario de manera unilateral a la actora, tuvo por acreditada la existencia de un acuerdo suscrito entre aquélla con sus empleados (la demandante entre ellos) para modificar temporalmente el horario de trabajo, inicialmente por 120 días calendario, prorrogables a 5 años, que ofrecía certeza sobre lo convenido y, respecto del cual, el a quo había guardado silencio, y tuvo como válido dicho acuerdo, todo lo cual conduce a concluir que la respuesta a aquel derrotero fue que no existió modificación unilateral del salario por parte de la empleadora.*

*“Tuvo también por acreditado el ad quem que la demandante no acreditó haber laborado 48 horas a la semana, es decir, la jornada máxima legal, y que, si bien hubo reducción en las horas de trabajo, las trabajadas efectivamente por la actora les habían sido canceladas, sin transgredir lo referente al salario mínimo legal.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Esos fueron los fundamentos fácticos de la decisión acá atacada, los que, aunado al carácter válido que se le otorgó al acuerdo sostienen la decisión.*

*“El yerro cometido por el sentenciador de segunda instancia refulge de entrada: dio por demostrado que por el hecho de haberse convenido la modificación de la jornada laboral, mediante el documento a folio 104, con ello se autorizaba o garantizaba al empleador la modificación de la cuantía pactada como remuneración de la accionante, conduciéndolo a no dar por sentada la reducción del estipendio.*

*“Y es que, resplandece que en el documento de marras, en realidad, por parte alguna se prevé, y ni siquiera se menciona, que como consecuencia de ese acuerdo, se fuese a modificar la cuantía salarial pactada al celebrarse el respectivo contrato, con sus aumentos posteriores; por lo que, cuando el Tribunal activa el canon 132 laboral para gobernar el asunto, adecua su actuar a los yerros fácticos endilgados, dado que una es la norma respecto de la forma y libertad de estipulación salarial (132 op. cit) y otra, totalmente distinta, la dispositiva sobre la jornada laboral: artículo 158 ibidem: “La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio, la máxima legal”.*

*“Por ende, para que dicha clase de acuerdo (reducción de la jornada de trabajo) tenga la virtualidad de producir los efectos de reducción salarial acá alegado por la pasiva, se requiere una manifestación expresa, de claridad rotunda e inobjetable al respecto, dada la trascendente consecuencia que tal modificación comporta para el ser humano laborante, dependiente en grado sumo de su fuerza de trabajo para producir una determinada cuantía como retribución, por lo que, toda circunstancia que conlleve a una afectación de ésta, deberá estar absolutamente justificada, constitucional y legalmente, por la parte empleadora, y al así no acreditarse, como acá ocurre, encauza al empresario al terreno de la enrostrada modificación unilateral salarial [...]”.*

Así las cosas, la sola modificación de la jornada de trabajo no implica *per se* la reducción de *mutuo acuerdo* del salario pactado, pues, tal como se expresó en precedencia, se requiere que de manera expresa e inequívoca se pacte dicha consecuencia.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Debe acotarse que el recurrente trae a colación la sentencia SL22229-2017, Radicación No. 47.781 del 3 de octubre de 2017; la cual en manera alguna refiere que la reducción de jornada laboral implique la modificación del salario; por el contrario, la referida sentencia mantiene el criterio antes expuesto, al concluir:

*“Por virtud de lo memorado, el Tribunal al concluir que la reducción de la jornada de trabajo implicaba tácitamente la disminución del salario, incurrió en los dislates fácticos y jurídicos que le achacó la censura y por ende, sale avante la acusación, debiéndose casar la sentencia impugnada”.*

*“[...]*

*“Desde la contestación de la demanda la accionada esgrimió como argumento para haber reducido el salario del trabajador, el pacto de modificación de la jornada de trabajo al que se ha aludido copiosamente y que precisamente mereció el análisis detenido que efectuó la Corporación en el estadio casacional, para definir que con fundamento en que no era posible en forma automática hacer la reducción del salario como consecuencia de la reducción de la jornada laboral”.*

Una vez determinado lo anterior, se tiene que de la revisión del contrato de trabajo (fls. 46 a 59 archivo digital 07ContestaciónCavosaObrasYProyectosS.A.pdf), se estableció que el accionante se desempeñaría como Especialista Forestal, así como que devengaría un salario básico mensual de \$3.500.000; de igualmente, en el literal b) de la cláusula primera se pactó:

*“b) Teniendo en cuenta lo anterior, además de la naturaleza plurifuncional del cargo de la compañía, el TRABAJADOR(A) se compromete adicionalmente cuando sea necesario, la operación lo requiera o sea instruido por sus jefes inmediatos, a prestar sus servicios de APOYO en calidad de AUXILIAR para el área de TRANSITO Y TRANSPORTE; situación, que no implica desmejora*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*laboral alguna, además de tener conexidad con su perfil del cargo, experiencia y condiciones laborales acordadas entre las PARTES”*

En igual sentido, en el párrafo tercero de la cláusula segunda del contrato de trabajo, se establece:

*“PARÁGRAFO TERCERO. De la misma manera el TRABAJADOR(A), reconoce y acepta que las condiciones laborales de su cargo se enmarcan dentro de una política de plurifuncionalidad, por lo cual cuando sea necesaria y en plena concordancia con su cargo, la misma podrá estar obligada al desarrollo de sus labores como APOYO en calidad de AUXILIAR para el área de TRANSITO Y TRANSPORTE, para lo cual deberá poner al servicio de la empresa toda su fuerza y capacidad de trabajo, siendo responsable directamente de la correcta gestión de este rol en la compañía cuando sea necesario y se desarrolle por la misma personalmente”.*

Finalmente, en la cláusula quinta se consagró:

*“QUINTA. REMUNERACIÓN: El empleador pagará al trabajador por la prestación de sus servicios el salario indicado en la carátula del presente contrato o en las comunicaciones posteriores que indiquen cambios y/o incrementos, pagadero en las oportunidades también arriba señaladas. Dentro de este pago se encuentra incluida la remuneración de los descansos dominicales y festivos que tratan los capítulos I, II y III del título VII del C.S.T. Se aclara y se conviene que en los casos en los que el trabajador devengue comisiones o cualquiera otra modalidad de salario variable, del 82.5% de dichos ingresos, constituye remuneración de la labor realizada y el 17.5% restante está destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos de que tratan los capítulos I y II del título VII del C.S.T.*

Así las cosas, del estudio del contrato de trabajo, se logra establecer que en manera alguna se especificó que el trabajador desempeñaría dos empleos, esto es



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Especialista Forestal y Auxiliar de Tránsito y Transporte y que por dicha situación el salario correspondía a los dos cargos.

*A contrario sensu*, lo que exterioriza de manera clara el acuerdo de voluntades, es que el actor se vincularía como Especialista Forestal con una asignación mensual de \$3.500.00, y que la labor de Auxiliar de Tránsito y Transporte, la ejecutaría por necesidad del servicio en calidad de *apoyo*, ello dada la naturaleza plurifuncional catalogada por la empleadora respecto del cargo para el que fue contratado. No debe soslayarse que, en el contrato de trabajo al disponerse que deberá prestar el servicio de Auxiliar de Tránsito y Transporte, se consagra de manera expresa que tal aspecto *“no implica desmejora laboral alguna, además de tener conexidad con su perfil del cargo, experiencia y condiciones laborales acordadas entre las PARTES”*.

En ese orden de ideas, no se advierte que se haya pactado que la remuneración salarial acordada, se reduzca con ocasión de no prestar el apoyo en el empleo de Auxiliar de Tránsito y Transporte.

En otro giro, se aportó la Cláusula de Modificación de las Condiciones Laborales suscrita entre las partes el 18 de febrero de 2019, el cual refiere:

*“PRIMERO. EI TRABAJADOR(A) y el EMPLEADOR, han decidido acordar de mutuo acuerdo modificar el alcance del objeto contractual con relación a las funciones y actividades propias del contrato, estableciendo el desarrollo de estas en el curso de los diferentes proyectos y obras en las cuales la empresa tiene participación, esto mediante la siguiente adición al alcance del mismo:*

*PRIMERA. - OBJETO: EL EMPLEADOR contrata de forma fija los servicios personales de EL TRABAJADOR(A) y este se compromete a:*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*PARAGRAFO PRIMERO. Dentro del desarrollo de las funciones indicadas en la cláusula primera y segunda del presente contrato, el cumplimiento de las órdenes del EMPLEADOR, el acatamiento de los reglamentos, políticas y procedimientos internos de la compañía y las demás obligaciones emanadas de la legislación laboral; el TRABAJADOR acepta y se compromete que el desarrollo de todo esto en virtud de su cargo como ESPECIALISTA FORESTAL Y EN APOYO COMO AUXILIAR DE TRANSITO Y TRANSPORTE, será para todos los proyectos en los cuales EL EMPLEADOR tiene participación, especialmente los relacionados en los siguientes objetos contractuales para ejecución de obras civiles:*

*"Proyecto CONSORCIO AVENIDA 82  
CONTRATO IDU N°. 1521 de 2017 con el objeto de:  
"AJUSTES, COMPLEMENTACIÓN, ACTUALIZACIÓN, ESTUDIOS, DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN A PRECIO UNITARIO FIJO CON MONTO AGOTABLE DE LA RED PEATONAL ZONA ROSA EN BOGOTÁ".*

*"PARÁGRAFO SEGUNDO. Teniendo en cuenta lo anterior, el desarrollo adecuado, oportuno y especializado del cargo del TRABAJADOR dentro de la empresa, tendrá alcance para el objeto contractual relacionado anteriormente, sin embargo, en virtud del artículo 23 del CST, eventualmente el EMPLEADOR de forma discrecional y unilateral en ejercicio de su poder subordinante, podrá adicionar, modificar o suprimir los diferentes objetos contractuales o proyectos en los cuales el TRABAJADOR deberá prestar sus servicios, como parte del desarrollo de sus funciones al interior de la compañía.*

*"PARÁGRAFO TERCERO. A pesar de lo anterior, las PARTES acuerdan y reconocen que independientemente de los proyectos u objetos contractuales a los cuales sea asignado el TRABAJADOR, todos se realizan en virtud de una única relación laboral, al no implicar desmejora laboral ni sobrecarga de funciones, como tampoco una variación en la cantidad de trabajo, tiempo o salario como tal, manteniéndose las mismas condiciones originales con el alcance empresarial propio de las necesidades del negocio, manteniendo la identidad de la relación de trabajo.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“SEGUNDA. FUNCIONES: Las principales funciones a desempeñar por EL TRABAJADOR(A) y a las que se obliga expresamente son las propias del cargo de ESPECIALISTA FORESTAL Y EN APOYO COMO AUXILIAR DE TRANSITO Y TRANSPORTE descritas en el perfil del cargo que forma parte de este contrato de trabajo y las demás que a juicio del EMPLEADOR deba cumplir.*

*“CLÁUSULA SEGUNDA. INTEGRALIDAD CONTRACTUAL: Las partes reconocen y acuerdan que las condiciones contractuales que se no se modifican por medio del presente documento, por ende, permanecen vigentes en los mismos términos en que se han venido ejecutando”.*

Del análisis de dicha cláusula, se advierte de manera clara que no se pactó expresamente la reducción del salario con ocasión de la eventual culminación de las labores de apoyo de Auxiliar de Tránsito y Transporte, autorizándose únicamente al empleador para *“adicionar, modificar o suprimir los diferentes objetos contractuales o proyectos en los cuales el TRABAJADOR deberá prestar sus servicios, como parte del desarrollo de sus funciones al interior de la compañía”*, dejando en todo caso en claro que *“independientemente de los proyectos u objetos contractuales a los cuales sea asignado el TRABAJADOR, todos se realizan en virtud de una única relación laboral, al no implicar **desmejora laboral** ni sobrecarga de funciones, como tampoco una variación en la cantidad de trabajo, tiempo o salario como tal”* (negritas fuera de texto).

Así las cosas, la cláusula no solo careció de ser expresa en cuanto al alegado pacto de disminución salarial, sino que, por el contrario, dejó en claro que independientemente del objeto contractual o de los proyectos, no implicaría una variación del salario.





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

De tal manera que le asistió razón al *a-quo* al concluir que en el presente evento se configuró una disminución unilateral del salario pactado, lo cual desconoce el ordenamiento jurídico laboral, y si bien la prueba testimonial rendida por los señores FREDDY EDUARDO BELTRÁN PARRA y JOSSEN LORENA FUENMAYOR ORTEGA, da cuenta de la jornada laboral como que no se prestó el servicio de Auxiliar de Tránsito y Transporte, incluso se acreditó que fue contratada otra persona para ese fin, hecho que incluso fue confesado, lo cierto es que no se demostró la existencia de un acuerdo de voluntades para la reducción salarial, exteriorizando incluso el trabajador su desacuerdo en el derecho de petición del 19 de noviembre de 2020.

Así las cosas, estima la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### RESUELVE:

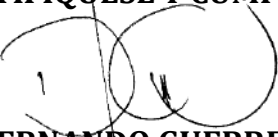
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de abril de 2023 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

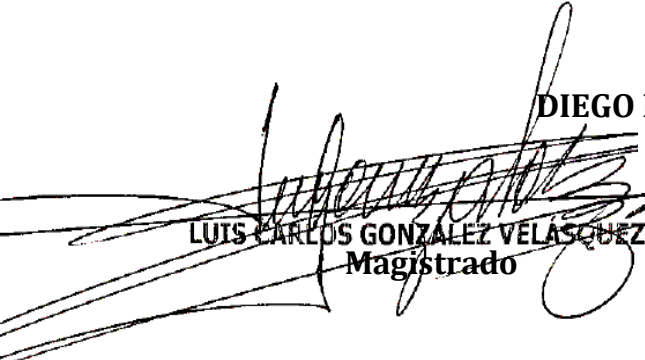


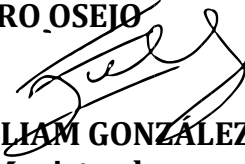
República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO\_OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado

  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 15 2022 00352 01  
Demandante:                              MARTHA IRENE CHAPARRO RODRIGUEZ  
Demandados:                              COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**              **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora MARTHA IRENE CHAPARRO RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la nulidad de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. en noviembre de 1994, por omisión del deber de información. En subsidio, pretende se declare la ineficacia de la precitada afiliación; al no existir un consentimiento informado.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que obren en su poder

producto de su vinculación a esa administradora, tales como cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos que se hubieren causado. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada en el régimen que administra, junto con los rubros antes descritos, y contabilice para efectos pensionales las semanas que cotizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por último, pretende se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 8 de mayo de 1991 en donde permaneció hasta el 31 de abril de 1994, y posteriormente, se afilió a Porvenir S.A. en noviembre de 1994, sin que fuera asesorada o informada por ese fondo de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta sobre la existencia de dos regímenes pensionales, las diferencias entre uno y otro, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual, los beneficios, características, riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, aspectos que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones, agregando que tampoco fue informada sobre el derecho de retracto y que no se realizó una proyección de su mesada en ambos regímenes.

En esa medida, expuso que solicitó el 4 de agosto de 2022 a COLPENSIONES su traslado de régimen y la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual, pedimento que fue despachado de forma negativa por esa entidad. Finalmente, informa que en la actualidad se encuentra vinculada en pensiones a PORVENIR S.A. (archivo 01)

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que se atenía a lo que resultara probado en el trámite procesal, más si se tiene en cuenta que la demandante está válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Formuló los medios exceptivos de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (archivos 16 y 20)

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones elevadas en el *petitum*, sosteniendo que la actora se trasladó de régimen una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a este, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación, en consecuencia no procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que deprecia.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (archivo 17)

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de septiembre de 2023, resolvió:

*“PRIMERO DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante MARTHA IRENE CHAPARRO RODRIGUEZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de la AFP PORVENIR S.A el día 20 de octubre del año 1994 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A donde actualmente se encuentra afiliada la demandante a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, correspondiente a los aportes, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993 comisiones que haya descontado y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.*

*SEGUNDO DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.*

*TERCERO CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a (1) un salario*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*mínimo legal vigente para el año 2023. SIN COSTAS ni a favor ni en contra respecto a COLPENSIONES, conforme se expuso en la parte motiva.”*

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que en el plenario estaba acreditado que la actora estuvo afiliada en el ISS y que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. A continuación, trajo a colación los literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, respecto de la cual sostiene que en su sentir el traslado de régimen de la promotora no es legal en tanto, pues en su sentir no se surtió en el término concedido por esa norma, esto es, transcurridos tres años desde la selección inicial, es decir, que solo tres años después del 1º de abril de 1994 podía trasladarse.

Sin embargo, señaló que existen unos efectos a la vulneración de la libre escogencia de régimen pensional establecido en el literal b) del artículo 13 y 271 del mismo compendio normativo y lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual desde el año 2008 ha analizado lo concerniente al deber de información y la carga de la prueba a cargo de los fondos privados.

Así las cosas, indicó que atendiendo los postulados jurisprudenciales, el deber de información existe desde el nacimiento de los fondos de pensiones, en tres etapas diferentes y que le atañe a las AFP demostrar que al momento de la suscripción del formulario de la afiliación, hubiese suministrado una asesoría sobre las ventajas y desventajas entre cada uno de los regímenes pensionales, situación que no logró ser probada por PORVENIR S.A. al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del C.G.P., pues el simple formulario de afiliación no suple dicha situación, máxime si se tiene en cuenta que la demandante en el interrogatorio de parte rendido nada advirtió sobre una asesoría ajustada a derecho conforme lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado y ordenó la devolución de los emolumentos que obran en la cuenta individual de la gestora, excepto lo concerniente a seguros previsionales, ya que se tratan de unos recursos destinados a unos terceros cuya finalidad es proteger a los afiliados, recursos que son recibidos por una aseguradora o tercero de buena fe y están

consagrados en la ley. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las encartadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la parte demandada COLPENSIONES la apeló. Al respecto, expuso en la alzada que la ineficacia del traslado no opera de manera automática, y deben examinarse las condiciones particulares de cada caso, ya que el solo hecho de que la mesada no supere las expectativas del afiliado no es óbice para decretar la ineficacia, más si se tiene en cuenta que el traslado se dio de manera autónoma y en ejercicio de la libre escogencia de régimen pensional, dado que ese fondo no obligó a la gestora a trasladarse de régimen y su cambio de fue voluntario, previo a la asesoría brindada por ese fondo privado, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación.

Destacó que no es dable imponer la carga de la prueba al fondo privado, ya que para la época del traslado solo era exigible el formulario el cual da cuenta de la información suministrada. De otro lado, adujo que en caso de confirmarse la sentencia, solicita se mantengan las condenas impuestas a PORVENIR S.A. junto con los seguros previsionales y no se impongan condena en costas a su cargo y se condicione el cumplimiento de la sentencia de su parte al traslado de todos los emolumentos.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

#### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.



**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*

*beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario que suscribiera la demandante con la AFP PORVENIR S.A. de fecha 20 de octubre de 1994, vinculación que se hizo efectiva el 1º de

noviembre de 1994, según el reporte SIAFP (f. 73 y 77 archivo 17). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

De otro lado, la demandante MARTHA IRENE CHAPARRO RODRIGUEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado, expuso que estando al servicio de una empresa de asesorías contables arribó un asesor de PORVENIR S.A., quien les mencionó que el ISS sería liquidado, por lo que debían afiliarse a un fondo de pensiones; añadió que desconoce cómo se manejan los aportes en el fondo privado, así como los rendimientos.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia, dado que la AFP PORVENIR S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información para el momento del traslado de la gestora.

Ahora, frente a la devolución de los gastos de administración, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

Respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que Porvenir S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*





*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a Colpensiones los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta la apelante, respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por

remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que las accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la imposición de la mismas. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, ha señalado:

*“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

*“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados”* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario señalar que además de las sumas ordenadas en la sentencia de instancia, el fondo privado que fue convocado a juicio debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, concepto que junto con los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su pago, por ende, se adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado en tal sentido, en lo demás habrá de confirmarse.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que además de las sumas ordenadas en la sentencia de instancia, PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES las primas de seguros previsionales, concepto que junto con los gastos de administración y



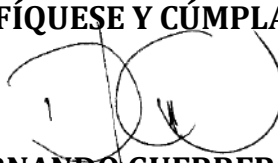
República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

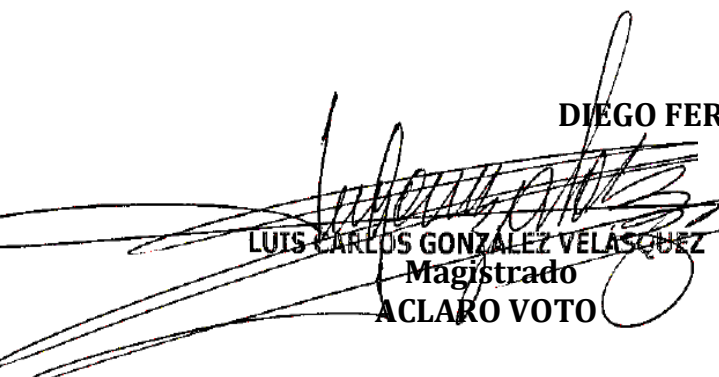
el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, deben ser indexados al momento de su pago, por las razones antes expuestas.

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

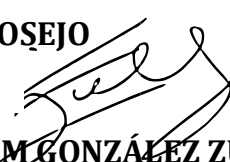
**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado

**ACLARO VOTO**

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 15 2022 00352 01 DE MARTHA  
IRENE CHAPARRO RODRIGUEZ contra COLPENSIONES y PORVENIR  
S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

**Ordinario Laboral :** 1100131050 16 2019 00835 01  
**Demandante:** YOLANDA EUGENIA PARDO JOURDÍN  
**Demandado:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES  
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP  
**Magistrado Ponente:** DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de la UGPP al abogado FABIÁN LIBARDO LOZANO BARRERA, identificado con cédula de ciudadanía 1.049.650.342 y T.P. 375.284 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 28 de abril de 2023 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**



La señora YOLANDA EUGENIA PARDO JOURDÍN promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP, a fin de declararse que no está obligada a devolver el dinero recibido por parte de la encartada por concepto de mesadas pensionales hasta tanto no exista una orden judicial que ordene su devolución, así como que debe darse por terminado el cobro coactivo que actualmente adelanta la entidad atendiendo la inexistencia de un título ejecutivo que sustente su adelantamiento.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la encartada de manera inmediata y efectiva, al levantamiento de las medidas cautelares que se realizaron sobre los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, tales como los embargos de las cuentas del Banco Davivienda, Caja Social, Bancolombia, así como el embargo de los inmuebles identificados con matrículas inmobiliarias 50N-1155165 y 50N-1155111 y el vehículo automotor de placas IPW830.

Igualmente, se condene a la entidad pensional a reintegrar todos y cada uno de los valores que se le han descontado de manera ilegal con el embargo de lo anteriormente escrito, y que los valores que deba restituir a su favor producto de la sentencia judicial sean debidamente ajustados, el pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Pertinente resulta en este punto indicar que el presente asunto inicialmente fue presentado por la aquí demandante ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección B, quien emitió decisión calendada el 29 de agosto de 2019 por medio de la cual declaró la falta de jurisdicción y competencia, remitiendo las diligencias a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá (Fls. 115 a 119 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Como consecuencia de ello, el asunto de marras le correspondió por reparto al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual a través de auto adiado el 9 de julio de 2020, dispuso que el conocimiento era cargo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, suscitando así el conflicto negativo de jurisdicciones (Fls. 125 a 128 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Las anteriores actuaciones conllevaron a que la Corte Constitucional en Auto A-1055 del 24 de noviembre de 2021, decidiera que el conocedor del presente asunto es el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá (Fls. 149 a 159 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el ISS mediante Resolución 2021 del 28 de enero de 2003 le reconoció una pensión de jubilación a partir del 1º de noviembre de 2002 en cuantía de \$2.610.445, mesada pensional que fue modificada a través de Resolución 1125 del 21 de abril de 2006, estableciendo una cuantía de \$2.748.986.

Refirió que el 30 de enero de 2008 solicitó ante el ISS el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, prestación que fue negada mediante Resolución 11821 del 28 de marzo de 2012, a lo cual interpuso recurso de reposición el 1º de marzo de 2013 resolviéndose el mismo a través de la Resolución GNR 175541 del 9 de julio de 2023, en la que se dispuso revocar y por consiguiente conceder la pensión de vejez, condicionando su pago al retiro definitivo del servicio, en cuantía de \$4.447.598.

Que mediante Resolución GNR 390049 del 9 de noviembre de 2014, COLPENSIONES decidió rechazar el recurso de reposición instaurado en contra de la Resolución 175541 del 9 de julio de 2023, así como solicitar el consentimiento para revocar la resolución antes mencionada. Igualmente, mencionó que a través de la Resolución VPB 8714 del 22 de febrero de 2016, COLPENSIONES modificó la mesada pensional, ajustándola a la suma de \$5.017.999.

Seguidamente, relató que COLPENSIONES adelantó demanda de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, demandando su propio acto administrativo y solicitando que la justicia declarara que la pensión reconocida tenía el carácter de compartible, lo que conllevó a que en sentencia del 3 de marzo de 2021 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección – C, declarara la nulidad de la Resolución 175541 del 9 de julio de 2023 proferida por COLPENSIONES, condenándose a su vez a dicha

entidad a proferir un nuevo acto administrativo en el que se respetara el régimen de compartibilidad de la prestación con la UGPP, para que se definiera con apego a la ley, la entidad que asume el reconocimiento definitivo la proporción que corresponda a cada cual, el mayor valor de la mesada a cargo del ex empleador, reliquidación del ingreso base de liquidación, compensaciones dinerarias que procedan entre las dos entidades y frente a la demandada como consecuencia de pagos ya efectuados, retroactivos o mayores valores de la prestación que hayan sido sufragados mes a mes.

Que la UGPP emitió la Resolución RDP 12678 del 11 de abril de 2018, mediante la cual compartió la pensión de jubilación reconocida a su favor, en la cuantía que resultase de la diferencia del valor de la mesada pensional otorgada por el ISS en calidad de empleador y la reconocida por COLPENSIONES, además que determinó unos mayores valores que ya recibió a razón de mesadas pensionales por el periodo comprendido entre el mes de marzo de 2016 y el mes de mayo de 2018.

Expuso que el 11 de julio de 2018 la UGPP decidió que adeudaba la suma de \$151.800.786, y se anexó por parte de dicha entidad la liquidación detallada que denominó soporte de título ejecutivo, al igual que por medio de la Resolución 044946 del 23 de noviembre de 2018, la UGPP estableció por medio de acto administrativo la deuda por la mentada suma de \$151.800.786 por concepto de mayores valores de mesadas pensionales recibidas de marzo de 2016 a mayo de 2018.

Que frente a la anterior resolución interpuso recurso y mediante Resolución RDP 001963 del 24 de enero de 2019 la UGPP dispuso confirmar el acto administrativo, para posteriormente, en comunicación del 22 de abril de 2019, generar un cobro persuasivo por la suma de \$151.800.786, más los intereses respectivos por cada mes de mora y de manera separada, contados desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo.

Argumentó que la UGPP inició un proceso de cobro coactivo, dentro del cual ha decretado y practicado embargos a su nombre en entidades bancarias, inmuebles y un vehículo automotor, aspecto que se torna ilegal como quiera que no se cuenta con una orden judicial.

Que ella como demandante acepta haber recibido el valor de la mesada de la pensión de jubilación a cargo de la UGPP de manera integral durante el periodo de marzo de 2016 a mayo de 2018, cuando en realidad, durante dicho interregno, ha debido recibir solo la diferencia que existe entre esta pensión y la de vejez reconocida por COLPENSIONES, aspecto que llevó a cabo de buena fe al considerar que ese pago fue realizado en debida forma por la entidad, más aún si la UGPP en ningún momento le manifestó que el pago que venía percibiendo no era el correspondiente.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el entendido que la ley contempla que las entidades administradoras de fondos de pensiones tanto públicas como privadas disponen de facultades de cobro coactivo, de tal forma que se garantice el cumplimiento de las obligaciones del empleador y trabajador en materia de aportes al sistema de pensión, ello de conformidad con lo establecido en los artículos 98 y 104 de la Ley 1437 de 2011, artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 y el artículo 6º del Decreto 575 de 2023.

Asimismo, adujo que la orden de recuperar los mayores valores pagados a la señora YOLANDA EUGENIA PARDO JOURDIN se determinó mediante la Resolución RDP 044946 del 23 de noviembre de 2018, por la cual se determinaron unos mayores valores recibidos a razón de mesadas pensionales y con cargo a los recursos del Sistema General de Seguridad Social en pensiones por conducto del Tesoro Público.

En últimas, adujo que la demandante recibió la suma de \$151.800.786 sin tener derecho a ello.

Formuló como medios exceptivos los denominados legalidad de los actos demandados, respecto a la supuesta falta de causa e inexistencia de la obligación de pago de los mayores valores, proscripción del enriquecimiento sin justa causa, buena fe, autentica existencia de la obligación a cargo de la

señora YOLANDA EUGENIA PARDO JOURDIN, existencia de título ejecutivo, legalidad de las medidas cautelares impuestas y la genérica.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de abril de 2023, declaró que la demandante no está obligada a restituir suma alguna por mayores valores recibidos por efecto de compartibilidad pensional y que fueron determinados por la demandada UGPP en las Resoluciones RDP 012678 del 11 de abril de 2018, RDP 44946 del 23 de noviembre de 2018 y RDP 1963 del 24 de enero de 2019.

Por consiguiente, condenó a la UGPP restituir a la demandante todos los valores que hayan sido recibidos por dicha entidad en virtud del cobro coactivo que desarrolla frente a la actora, encaminado al cobro de los mayores valores conforme a las resoluciones de que trata el mismo, montos que deberán ser restituidos por concepto de las retenciones o embargos que se habían realizado y de manera indexada con base en los índices de precios al consumidor, desde la fecha en que fueron recibidos efectivamente por la entidad y hasta que se efectúe la restitución de los mismos.

Condenó en costas a la UGPP, declaró no probadas las excepciones formuladas y le ordenó a la entidad el levantamiento de las medidas cautelares impuestas dentro del proceso de cobro coactivo adelantado en relación con las resoluciones que ordenaron los pagos.

Para arribar a dicha conclusión, indicó el *a-quo* que, el ISS obrando como empleador de la demandante, mediante Resolución 2021 del 28 de enero de 2003 ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional a partir del 1º de noviembre de 2002 en cuantía de \$2.610.445, valor último que fue modificado por la Resolución 1125 del 21 de abril de 2006, incrementando la mesada a la suma de \$1.784.986.

Que también se encuentra demostrado en el proceso que la demandante una vez cumplidos los 55 años de edad, solicitó en el mes de enero de 2008 al ISS el reconocimiento y pago de la pensión legal de vejez, el cual fue objeto de

pronunciamiento con la Resolución 11821 del 28 de marzo de 2012 negando dicha prestación, decisión que luego de ser recurrida fue resuelta por COLPENSIONES a través de la Resolución GNR 175541 del 9 julio de 2013 quien revocó la decisión del año 2012 y concedió a favor de la actora pensión de vejez en cuantía de \$4.447.598, pero condicionada a la fecha de retiro del servicio, acto administrativo respecto del cual también fue recurrido por la demandante, por lo que COLPENSIONES en Resolución GNR 391149 del 9 de noviembre de 2014 rechazó el recurso, para en su lugar solicitar a la actora su consentimiento de revocar la Resolución GNR 175541 del 9 julio de 2013.

Que lo anterior también conllevó a que COLPENSIONES sobre la Resolución GNR 175541 del 9 julio de 2013 iniciara acción de lesividad, por lo que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 3 de marzo de 2021 declaró la nulidad del acto administrativo y, posteriormente, COLPENSIONES emitió la Resolución VPB 8714 del 22 de febrero de 2016 a través de la cual modificó la Resolución 391149 del 9 de noviembre de 2014, última que rechazó el recurso en contra de la Resolución del 9 de julio de 2013, y en su lugar concedió pensión de vejez a la demandante a partir del 1º de marzo de 2016, esto es, a corte de nómina en cuantía inicial de \$5.017.999.

Al unísono, indicó el operador de instancia que con posterioridad la UGPP emitió la Resolución RDP 12678 del 11 de abril de 2018 por medio de la cual ajustó la mesada pensional de jubilación de la demandante en el mayor valor a cargo del FOPEP en la cuantía que resultara entre la diferencia del valor de la mesada pensional otorgada por el ISS empleador en valor de \$2.784.986 a partir del 1º de noviembre de 2002 y el valor de la mesada reconocida por COLPENSIONES en cuantía de \$5.017.999 a partir del 1º de marzo de 2016, al igual que frente al valor de las mesadas pensionales cobradas de más por la pensionada entre el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2016 y la fecha de inclusión en nómina del acto administrativo, el mismo debía ser reintegrado por la actora, siendo menester que autorizara los descuentos respectivos sobre las mesadas pensionales a cargo del FOPEP, pues de lo contrario ser emitiría al área correspondiente para el cobro de su cargo.

Seguidamente, explicó que la UGPP emitió la Resolución RDP 44946 del 23 de noviembre de 2018, donde se declaró la deuda a cargo de la demandante por

valor de \$151.800.786 por concepto de mayores valores de mesada pensional recibida, junto con los intereses, decisión que fue recurrida y confirmada a través de la Resolución 1963 del 24 de enero de 2019, para posteriormente iniciarse el adelantamiento por parte de la entidad del cobro coactivo, librándose inclusive mandamiento de pago, liquidación del crédito y su aprobación.

Así las cosas, adujo que en tratándose de la figura de cobro coactivo, es una atribución de las entidades públicas a quienes se les confiere la misma, lo cual se encuentra en concordancia con los actos administrativos proferidos por la UGPP que dispusieron dicho cobro; no obstante, en atención de la buena fe de la parte demandante como así lo puso de presente la señora YOLANDA EUGENIA PARDO JOURDÍN en la demanda, en el entendido que aceptó que las mesadas comprendidas entre el mes de marzo de 2016 y el mes de mayo de 2018 recibió el valor total de la mesada a razón de pensión de jubilación convencional, cuando ha debido recibir una diferencia entre dicho valor y el reconocido por COLPENSIONES al tratarse de pensiones compartidas, aspecto que por demás era de pleno conocimiento por parte de la UGPP por suceder al extinto ISS en lo que respecta a la administración de sus ex trabajadores.

Que el literal c), numeral 1º del artículo 164 del CPACA, regula lo concerniente a que no hay lugar de recuperación de prestaciones pagadas a particulares de buena, al igual que al tenor del artículo 83 de la Constitución Política y la jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional, la buena fe se presume en las gestiones que los particulares adelantan ante las autoridades públicas, adicional a que, según postura emanada por el Consejo de Estado, si no se encuentra probada una mala fe por parte del pensionado, no hay lugar a disponer que las entidades de la seguridad social en pensiones descuenten suma alguna.

Por tal razón, coligió que la UGPP no demostró en juicio que la demandante se hubiese apartado del postulado de la buena fe para haber procedido a iniciar un cobro coactivo, máxime si de los distintos actos administrativos se aprecia que la actora en ningún momento ocultó la calidad que tenía cuando percibía una pensión convencional por parte de la UGPP, sumado a que, quedó



plenamente aclarada la figura de la compartibilidad de que era objeto la misma.

Asimismo, arguyó no efectuar pronunciamiento en lo concerniente a la revocatoria o declaratoria de nulidad de las actuaciones del proceso coactivo; sin embargo, aclaró que esta decisión dejaba sin sustento jurídico lo adelantado por la UGPP en contra de la demandante.

Depuso que los dineros embargados a la demandante y objeto de devolución debían retornársele debidamente indexados conforme al ajuste del IPC.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la parte demandada UGPP la apeló. Argumentó en su alzada que las sumas con ocasión de la compartibilidad pensional de la prestación de jubilación que le reconociera a la actora COLPENSIONES con la de vejez que reconoció como entidad por pasiva deben ser recuperadas, como quiera que tal aspecto corresponde a una obligación legal en los términos del numeral 10, artículo 6º del Decreto 577 de 2013.

Que por tal razón, los actos administrativos que expidiera como entidad se encuentran ajustados a derecho por cuanto se profirieron teniendo en cuenta las prerrogativas del ordenamiento jurídico vigente para tal fin, máxime si la demandante dentro del escrito demandatorio confesó haber recibido el valor de la mesada de la pensión de jubilación de manera integral durante el periodo de marzo de 2016 a mayo de 2018, cuando en realidad sobre dicho periodo solo debió recibir la diferencia existente entre la pensión de vejez que reconoció COLPENSIONES y la pensión del ISS patrono, aspectos todos por los que se deben negar las pretensiones incoadas.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legar forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto en favor de la UGPP y el recurso de apelación interpuesto por la misma entidad, la Sala deberá auscultar como problema jurídico si el cobro coactivo efectuado por la entidad a la aquí demandante señora YOLANDA AUGENIA PARDO JOUDÍN con ocasión de una devolución de pago de mesadas pensionales, así como los correspondientes embargos y demás aspectos adelantados dentro del trámite ejecutivo se encuentran ajustados a derecho o, si por el contrario, hay lugar a disponer la confirmación de primera instancia que ordenó la devolución de los valores restituidos por la actora a la entidad, así como el levantamiento de las medidas cautelares decretadas y practicadas.

**c. Del análisis del caso en concreto:**

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que mediante Resolución No. 02021 del 28 de enero de 2003 el extinto ISS, entidad a su vez empleadora de la demandante, le reconoció a esta última pensión mensual vitalicia de jubilación en cuantía de \$2.610.445 a partir del 1º de noviembre de 2002. Allí también se contempló que la prestación se pagaría de la forma establecida hasta cuando el Sistema General de Pensiones del ISS reconociera a la demandante pensión de vejez, es decir, de carácter legal, pues a partir de ese momento el ISS patrono pagaría únicamente la diferencia que resultare de restar de la pensión de jubilación, la pensión de vejez, ajuste que se produciría en forma automática, acto administrativo que fue recurrido solicitando una reliquidación de la prestación, la cual fue negada por el ISS a través de la Resolución No. 0631 del 7 de abril de 2003 (Fls. 51 a 56 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

(ii) Que la demandante presentó derecho de petición el 1º de febrero de 2006 solicitando la revisión de su pensión de jubilación, de allí que el extinto



ISS expidiera la Resolución No. 1135 del 21 de abril de 2006 por medio de la cual modificó el valor de la pensión de jubilación en cuantía de \$2.784.986 a partir del 1º de noviembre de 2002 (Fls. 57 a 60 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

(iii) Que la demandante presentó escrito el 30 de enero de 2008 solicitando el reconocimiento y pago de una pensión de vejez, el cual fue negado por el ISS mediante la Resolución No. 011821 del 28 de marzo de 2012 (Fl. 21 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

(iv) Que con ocasión de ello, la actora interpuso recurso de reposición solicitando el pago de la pensión de vejez de orden legal, por lo que COLPENSIONES revocó la resolución anterior y, por ende, a través de la Resolución GNR 175541 del 9 de julio de 2013 reconoció la prestación en los términos de que trata el Decreto 758 de 1990 que para el año 2013 ascendía a la suma de \$4.447.598 (Fls. 22 a 28 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

(v) Posteriormente, COLPENSIONES en Resolución GNR 391149 del 9 de noviembre de 2014 procedió a rechazar un recurso de reposición en contra del acto administrativo anterior, solicitando además a la demandante el consentimiento para revocar la Resolución GNR 175541 del 9 de julio de 2013, de allí que esta última instaurara recurso de reposición y subsidiariamente apelación solicitando la reliquidación de la prestación y pago de retroactivo; circunstancia por la cual, la mentada COLPENSIONES profirió la Resolución VPB 8714 del 22 de febrero de 2016 donde efectuó un nuevo estudio pensional, determinando que a la señora YOLANDA EUGENIA le asistía el derecho de una pensión mensual vitalicia de vejez bajo la égida del Decreto 758 de 1990 a partir del 1º de marzo de 2016 en cuantía de \$5.017.999 (Fls. 29 a 37 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

También resulta poner de presente que en virtud de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que instaurara COLPENSIONES en contra de la demandante con ocasión a la nulidad de la Resolución GNR 175541 del 9 de julio de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Sub-Sección “C” profirió sentencia el 3 de marzo de 2021 en la que declaró la nulidad de la resolución, por lo que, a título de restablecimiento del derecho,

condenó a COLPENSIONES con la finalidad de que prohiriera un nuevo acto administrativo en el que respetase el régimen de compartibilidad de la prestación con la UGPP, para que se definiera, con apego a la ley, la entidad que asuma el reconocimiento definitivo, la proporción que le corresponde a cada cual y, en caso de que se presente, el mayor valor de la mesada del ex empleador ISS hoy asumido por la UGPP, ello debidamente actualizado y con aplicación de lo previsto en el Decreto 758 de 1990, determinación del ingreso base de liquidación según la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio y con las compensaciones dinerarias que procedan entre las dos entidades y frente a la demandada señora YOLANDA EUGENIA como consecuencia de pagos ya efectuados, retroactivos o mayores valores de la prestación que hayan sido sufragados mes a mes. Lo anterior, según las reglas de la buena fe explicadas en las consideraciones de esta sentencia (Fls. 58 a 71 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

(vi) Que la UGPP emitió la Resolución RDP 12678 del 11 de abril de 2018, ajustándose la mesada pensional de jubilación de la demandante en el mayor valor a cargo del FOPEP de la pensión de jubilación reconocida a la demandante, en la cuantía que resultara entre la diferencia del valor de la mesada pensional otorgada por el ISS empleador en valor de \$2.784.986 a partir del 1º de noviembre de 2002, y el valor de la mesada reconocida por COLPENSIONES en cuantía de \$5.017.999 a partir del 1º de marzo de 2016.

Asimismo, dispuso que el FOPEP pagaría a la actora las diferencias que resultasen de aplicar, al igual que decidió que las sumas cobradas por la demandante por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2016 y la fecha de inclusión en nómina, en la cuantía que se determinara por la Subdirección de Nómina, debía ser reintegrada por la actora, debiendo a su vez autorizar los descuentos respectivos sobre las mesadas pensionales a cargo del FOPEP, pues en caso contrario, se remitiría al área competente para el cobro correspondiente (Fls. 7 a 11 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

(vii) Por lo anterior, la UGPP comunicó a la actora el 13 de julio de 2018 que, en virtud de la compartibilidad de su prestación, adeuda a la Nación la suma de \$151.800.786, adjuntándole inclusive la liquidación correspondiente, para

posteriormente emitir la Resolución RDP 044946 del 23 de noviembre de 2018 declarando la deuda sobre dicho monto por concepto de mayores valores (Fls. 46 a 50 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

(viii) Por tal razón, se aprecia un primer comunicado de la entidad a la demandante acerca del cobro persuasivo del 22 de abril de 2019, embargos de cuentas bancarias, bienes muebles e inmuebles entre otros que llevara a cabo la entidad, mandamiento de pago y liquidación del crédito dentro del trámite ejecutivo (Fls. 55 a 57 y 72 a 107 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

**d. Del caso en concreto:**

Bajo este escenario, menester resulta poner de presente que de conformidad con el Decreto 1833 de 2016, quedó en responsabilidad de la UGPP asumir la administración de las obligaciones pensionales del ISS en liquidación en su calidad de empleador.

Ahora bien, el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006, regula acerca de la jurisdicción coactiva con que cuentan las entidades públicas que gocen de actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado, donde dispone:

*“Artículo 5º. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.”*

A su turno, el Decreto Ley 169 de 2008 *“Por el cual se establecen las funciones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, y se armoniza el procedimiento de liquidación y cobro de las contribuciones parafiscales de la protección social.”*, encontrándose la atinente a las labores de determinación y cobro disuasivo, persuasivo y coactivo.

Como puede advertirse, la entidad encartada UGPP goza de competencias tanto legales como jurisdicciones para efectuar cobros coactivos como recaudadora del orden parafiscal y pensional, pues incluso goza de jurisdicción para tal fin.

No obstante, no debe perderse de vista que en escenarios como el que aquí nos ocupa, es importante traer a colación lo regulado en numeral 1, literal c) del artículo 164 del C.P.A.C.A., que expresa:

***“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:***

***1. En cualquier tiempo, cuando:***

***c) Se dirijan contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.” (Subrayado por la Sala).***

Al respecto, el artículo 83 de la Constitución Política establece:

***“ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”***

El Consejo de Estado ha mantenido una línea jurisprudencial referente a la buena fe en tratándose de devoluciones de prestaciones periódicas, Es así, como en sentencia reciente, más exactamente la de Radicación No. 76001-23-31-000-2009-00300-01 (3150-2022), referenció:

***“El principio de buena fe en la devolución de prestaciones periódicas***

***De conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, «[l]as actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas».***

***En relación con el contenido del principio de buena fe, «[l]a jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una ‘persona correcta (vir bonus)’. Así, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica y se refiere a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada».***



*En esos términos, el constituyente de 1991 dispuso que el principio de buena fe comportaría un patrón rector de las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas. **Adicionalmente, la Carta Política establece que dicho principio se presume en las diligencias que los primeros adelanten ante las segundas; así pues, bajo la idea de esa presunción, quien pretende desvirtuarla debe asumir la carga probatoria que permita demostrar la trasgresión de dicho principio.***

*Por su parte, el artículo 136, numeral 2, del Código Contencioso Administrativo (CCA), establece que la demanda puede ser presentada en cualquier tiempo, siempre que se dirija contra actos que reconozcan prestaciones periódicas, «pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe».*

***En ese escenario, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que «[...] no habrá lugar a recuperar las prestaciones periódicas pagadas a los particulares de buena fe, salvo que se pruebe por la entidad Estatal que el demandado incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, es decir, que actuó de mala fe con el fin de obtener un beneficio al cual no tenía derecho».***

De las decisiones que constituyen doctrina probable por parte del Consejo de Estado, se pueden poner de presente las de Radicados 41001-23-33-000-2012-00327-02 (4076-18), 76001-23-31-000-2010-01578-01 (3388-14), entre otras.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2131-2023, Radicación No. 93085 del 31 de julio de 2023, señaló:

*“Para resolver, debe recordarse que el ente pensional mediate la Resolución SUB 132380 del 21 de julio de 2017 le reconoció la pensión de sobrevivientes a la recurrente [...].*

*“De manera que, para esta Corporación no es viable imputarle a la beneficiaria de la prestación una conducta desprovista de buena fe, dado que no medió ninguna actuación ilícita de su parte en la reclamación que realizara ante la entidad demandada, en ejercicio del derecho de acción que le asistía de solicitar la pensión de sobrevivientes, sin que se adviertan conductas indicativas de colusión o fraude*

*“Resulta oportuno destacar, como bien lo indica la recurrente, que el artículo 83 de la Constitución Política consagra que «Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas», y el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el literal c) del ordinal 1º establece paladinamente que «no habrá lugar a*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe», cuando sean reconocidas prestaciones periódicas.*

*“Por tanto, al excluir el ad quem lo anterior, encuentra la Sala que incurrió en el error jurídico al desconocer la existencia de tales normas y, por ende, [...] no está en la obligación de restituir las sumas de dinero que le fueron pagadas por la administradora de pensiones y que recibió de buena fe de manos de la entidad demandada, por causa de la prestación pensional que se le otorgó en aquella oportunidad (CJ SL2893-2021 y CSJ SL1964-2022).*

Así las cosas, como lo dispuso el operador de instancia, a juicio de la Sala la demandada UGPP no logró demostrar en juicio que la aquí demandante señora YOLANDA EUGENIA PARGO JOURÍN hubiese actuado en contra del principio de mala fe al llevar a cabo conductas deshonestas, fraudulentas o dolosas, que conllevaran a que la entidad iniciara de manera autónoma las acciones de cobro coactivo, inclusive el embargo y retención de dineros de la actora.

Nótese que la actora en ningún momento ocultó la pensión de jubilación que le reconociera el extinto ISS patrono a través de la Resolución No. 02021 del 28 de enero de 2003 y que fuese reliquidada a través de la Resolución No. 1135 del 21 de abril de 2006; por el contrario, la mencionada Resolución No. 02021 de 2003 fue enfática en precisar que la prestación allí reconocida era de carácter compatible con la legal de vejez que podría recibir a futuro (Fls. 51 a 56 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO).

Y es tan así, que cuando la actora creyó ostentar los requisitos de la pensión legal de vejez, fue por lo que elevó su primer reclamo al entonces ISS para lo de su cargo en el año 2008, la cual se negó por medio de la Resolución No. 011821 del 28 de marzo de 2012, para posteriormente en Resolución GNR 175541 del 9 de julio de 2013 reconocer la prestación por vejez bajo la égida del Decreto 758 de 1990 (Fl. 21 y 22 a 28 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

Sin embargo, en la referida Resolución GNR 175541 del 9 de julio de 2013, el actuar de COLPENSIONES no fue el mejor, ya que si bien reconoció la pensión de vejez de orden legal, no tuvo en cuenta lo atinente a la pensión de jubilación convencional que había reconocido el ISS en el año 2003, lo que produjo que se tuviese que iniciar las acciones pertinentes ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa solicitando la revocatoria de ese acto administrativa, al igual

que tuvo que expedir la Resolución VPB 8714 del 22 de febrero de 2016, emitiendo un nuevo estudio pensional donde se encuadró la falencia de la compartibilidad pensional (Fls. 29 a 37 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

Una vez sucedido lo ya referenciado y asumida la contingencia pensional del ISS patrono por la UGPP, esta última fue que a través de las Resoluciones RDP 12678 del 11 de abril de 2018 y RDP 044946 del 23 de noviembre de 2018 ajustó el mayor valor y señaló el monto a descontar por los conceptos adicionales que venía percibiendo la demandante, y luego ejercer el cobro coactivo y demás actuare dentro del proceso ejecutivo iniciado (Fls. 7 a 11 – PDF 01 EXPEDIENTE DIGITALIZADO y Fls. 55 a 57 y 72 a 107 – PDF 04 DEMANDA SUBSANADA).

Es así como tales actuare lo que hacen es entrever que no fue una conducta de mala fe de la señora YOLANDA EUGENIA, sino un error por parte del ISS patrono y la UGPP al no tener en cuenta en su momento la distinción que debía hacerse por la figura de la compartibilidad pensional, escenario que no puede usar en su favor la UGPP y así ocasionar perjuicios respecto de la actora; circunstancia por la cual, la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad como quiera que el cobro coactivo vigente actualmente a razón de una devolución de mesadas pensionales no se encuentra dentro de la órbita de procedencia en atención de las consideraciones expuestas .

**COSTAS** en esta instancia correrán a cargo de la demandada UGPP toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

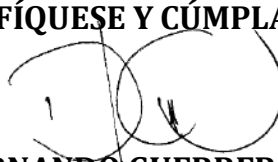


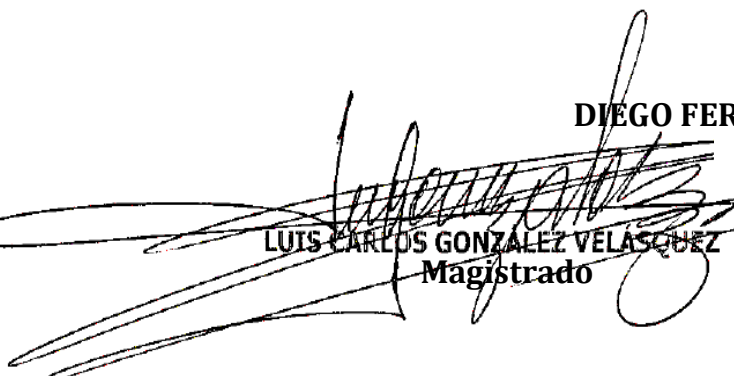
República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

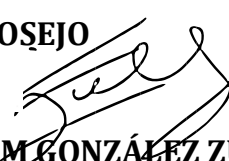
**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada UGPP y a favor de la parte demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$7.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 21 2023 00183 01  
Demandante:                              MARYBEL ACEVEDO FANDIÑO  
Demandados:                              COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:              DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 27 de octubre del 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora MARYBEL ACEVEDO FANDIÑO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. en mayo de 1996, por omisión del deber de información. En subsidio, pretende se declare la ineficacia de la precitada afiliación; al no existir un consentimiento informado al momento de su afiliación a ese fondo.

Como consecuencia de tales declaraciones, deprecia que condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que efectuó, junto con sus rendimientos, bono pensional y demás emolumentos inherentes a su cuenta individual de ahorro debidamente indexados, sin descontar lo correspondiente a cuotas de administración y comisiones. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES la reciba como afiliada en el régimen que administra, junto con lo rubros antes descritos y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales hasta febrero de 1996, data en la que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., efectiva en mayo de 1996, sin que fuera asesorada respecto del régimen pensional que más le convenía, las características y condiciones para acceder a la pensión en ese fondo, lo atinente a la negociación de su bono pensional y cómo ello influye en el monto de la mesada pensional, tampoco le informó sobre el derecho de retracto y no elaboró una proyección de su mesada en ambos regímenes, incumpliendo así su deber de asesorarla de manera rigurosa, transparente, adecuada, completa y diligente respecto a la decisión de traslado.

A su vez, sostuvo que el 7 de marzo de 2023 solicitó a COLPENSIONES su traslado al régimen de prima media con prestación definida, pedimento que fue rechazado por esa entidad. Finalmente, refirió que se encuentra afiliada en la actualidad en PORVENIR S.A. (f. 8 a 29 archivo 01).

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que no existe una causal legal para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en la afiliación realizada a ese fondo no existe vicio en el consentimiento, ni causal de ineficacia, por cuanto

cumplió a cabalidad con su deber de asesoría, lo que se ratifica con la suscripción del formulario de afiliación en el cual se evidencia constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Como excepciones propuso las de deber de información a cargo de las AFP – no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado, efectos de la ineficacia de un acto jurídico, restituciones mutuas, enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones mutuas, improcedencia de devolución de gastos de administración y prima del seguro Previsional, buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS y prescripción. (f. 3 a 32 archivo 08)

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que analizó la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Propuso como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 4 a 28 archivos 09).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de octubre de 2023, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARYBEL ACEVEDO FANDIÑO al régimen de ahorro individual el 13 de marzo de 1996, con fecha de efectividad a partir del 1 de mayo de la misma anualidad, por intermedio de PORVENIR S.A.; en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*

*SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante tales como -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde ese traslado y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARYBEL ACEVEDO FANDIÑO Para ello se concede el término de un (1) mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

*CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, conforme a lo motivado.*

*QUINTO: CONDENAR en COSTAS DE ESTA INSTANCIA a las demandadas y a favor de la demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PORVENIR S.A. y la suma de \$200.000 a cargo de COLPENSIONES.*

*SEXTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.”*

Para arribar a dicha conclusión, operadora judicial de instancia comenzó por indicar que el asunto bajo examen, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia debe abordarse bajo la figura de la ineficacia del traslado y no del régimen de las nulidades, continuó explicando que los literales b) y e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, establecen que la afiliación a un régimen pensional será válida siempre y cuando esta sea libre y voluntaria, enfatizando que este último aspecto alude a que se conozcan las consecuencias de la decisión del traslado, el cual no puede estimarse satisfecho por la simple expresión genérica de los



formatos de afiliación, aspectos estos que ha referido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Refirió que desde el nacimiento de los fondos de pensiones existe el deber de información y que cuando un afiliado alega no haber recibido la información suficiente, ello conlleva a que la carga de la prueba quede en cabeza de los fondos de pensiones privados, en tanto son ellos los obligados a demostrar el cabal cumplimiento de la información suministrada, lo cual no se convalida con el formulario de afiliación, los traslados horizontales, o las reasesoría posterior.

Por todo lo anterior, la Juez de instancia concluyo del examen de las pruebas recaudadas que este deber no había sido cumplido por parte de PORVENIR S.A., por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó a través de ese fondo, además, ordenó al fondo devolver a COLPENSIONES las sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora. De otro lado, declaró no probada la excepción de prescripción y compensación, y condenó en costas a las demandadas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la demandada COLPENSIONES la apeló, Al respecto, solicita se revoque la sentencia de instancia, aduciendo que el traslado de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, además, en el interrogatorio de parte que depuso dijo no recordar la asesoría brindada por el asesor del fondo privado, lo que contradice el escrito de demanda, quedando en duda sus afirmaciones, luego, es evidente que no se encuentra conforme con el valor de la mesada que va a recibir en el fondo privado por lo que alega la falta al deber de información.

Añadió que la carga de la prueba afecta a esa entidad y su estabilidad financiera, más si se tiene en cuenta que el deber de información solo surgió en el año 2014, de modo que, para el momento del traslado de la demandante solo se exigía el formulario de afiliación en el que consta la información suministrada. Refirió que en casos como este es menester analizar si se está inmersa en la prohibición legal del traslado. Por último, solicita que en caso de

confirmarse la sentencia objeto de disenso se condicione el cumplimiento de la misma a la entrega de los dineros obrantes en la cuenta individual de ahorro de la gestora, y no se emita condena en costas por ser un tercero al que se le causando un daño injustificado.

PORVENIR S.A. en su alzada señala que de acuerdo al formulario de afiliación, se observa que la gestora lo suscribió de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo que no hay lugar a la imposición de las condenas emitidas, en especial a la indexación ordenada, los gastos de administración, el seguro previsional y el aporte al fondo de garantía de pensión mínima, ya que en el caso de los gastos de administración han incrementado los saldos existentes en la cuenta de ahorro individual de la gestora, lo que ha generado unos rendimientos que compensan la indexación, agregando que tales conceptos que también hubiesen sido descontados si se encontrara afiliada en el régimen de prima media.

En cuanto a la condena en costas y agencias en derecho dijo que debió comparecer al proceso dado que la promotora está inmersa en la prohibición legal de traslado, y no le era viable un conciliación sin la aquiescencia de Colpensiones.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las*



*particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a través del cual la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de PORVENIR S.A. el 13 de marzo de 1996, vinculación que se hizo efectiva el 1º de mayo de 1996, según el reporte SIAFP. (f. 153 a 155 archivo 08). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no

acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante señora MARYBEL ACEVEDO FANDIÑO en el interrogatorio de parte a ella practicado, refirió que estando al servicio de la Universidad Externado de Colombia, fue requerida por el área de Recurso Humanos para que suscribiera un formato, de otro lado, sostuvo que en ese momento no se encontraba presente un asesor de PORVENIR S.A., solo la persona encargada, quien le manifestó que estaban haciendo cambios del Seguro Social a ese fondo privado y que tenía que firmar el documento; agregó que si conoce los requisitos acceder a la pensión en ese régimen, y que entendía que se estaba trasladando confiando en el criterio de la Universidad, sin que le suministraran más información y sin que diligenciara directamente el formulario.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido*

*refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1996, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.



Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la juzgadora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, sobre los cuales las apelantes hacen alusión, debe memorarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando*

*las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

En lo atinente a la inconformidad que presentan PORVENIR y COLPENSIONES respecto a la condena en costas impuestas en primera instancia, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esas accionadas se opusieron a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

*“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

*“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados”* (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, dimana con claridad que no erró el *a-quo* en la decisión de primera instancia. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar la sentencia de instancia, en el sentido de precisar que los valores que deben ser indexados al momento del pago por parte de PORVENIR S.A., aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en lo demás habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida el 27 de octubre del 2023 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

que las sumas que debe retornar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES de forma indexada corresponde a las primas de seguros previsionales, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por las razones antes expuestas.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado  
**ACLARO VOTO**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 21 2023 00183 01 DE MARYBEL  
ACEVEDO FANDIÑO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 23 2022 00059 01  
Demandante:                              NIDYA CIFUENTES PATAQUIVA  
Demandado:                                COLPENSIONES Y SALUD TOTAL EPS-S S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1    DE LA DEMANDA:**

La señora NIDYA CIFUENTES PATAQUIVA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES Y SALUD TOTAL EPS-S S.A., a fin que se declare que fue trabajadora de INTERACTIVOS, que estaba afiliada en calidad de cotizante al sistema de seguridad social en salud y pensiones en la entidad promotora de salud y en la administradora de pensiones accionadas, que la primera le prestó los servicios en salud, y que se encuentra al día en los pagos a salud y pensión; asimismo, se declare que se han emitido incapacidades a su favor de manera ininterrumpida desde el 8 de marzo de 2006 hasta el 26 de junio de 2019, las cuales han sido sufragadas de manera parcial por parte de las encartadas.



Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a las demandadas a pagar las nueve (9) incapacidades que relaciona en el *petitum*, las cuales fueron emitidas entre el 3 de diciembre de 2018 y el 26 de junio de 2019, junto con los intereses moratorios, las costas y agencias en derecho y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

En respaldo de sus aspiraciones, la demandante sostuvo que laboró para la sociedad INTERACTIVO desde el 18 de octubre de 2005 hasta el 22 de noviembre de 2019, la cual efectuó cotizaciones a su favor al Sistema de Seguridad Social sobre el salario mínimo mensual legal vigente de forma oportuna, precisando que se encontraba afiliada en calidad de cotizante a salud y pensión a SALUD TOTAL EPS y a COLPENSIONES, respectivamente.

Añadió que fue calificada por la Junta la Nacional de Calificación de Invalidez el 21 de noviembre de 2018, la cual determinó que ostentaba una pérdida de capacidad laboral del 40.94%, por los diagnósticos de cervicalgia M542, síndrome de manguito rotador bilateral, epicondilitis bilateral, tendinitis de extensores - Quervain bilateral, sacroileitis, masa en mediastino en estudio, POP neurólisis sacroilíacas bilateral, polialtralalias, fibromialgia y ojo seco, diagnósticos debido a los cuales le fueron emitidas incapacidades desde el 8 de marzo de 2006 hasta el 26 de junio de 2019.

De otro lado, sostuvo que debido al impago de parte de las demandadas de las incapacidades, inició acciones constitucionales y judiciales con el fin de obtener el pago de las mismas, cursando proceso ordinario laboral de primera instancia en el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá bajo radicado 12 2018 00620 01, en el que solicitó el reconocimiento y pago de las incapacidades el que emitió fallo el 16 de Septiembre de 2020, en el que condenó a la EPS accionada a pagar las incapacidades generadas del 27 de agosto de 2016 al 3 de noviembre de 2018, decisión que fue confirmada por



este Tribunal en proveído adiado el 26 de febrero de 2021 y que el 15 de diciembre de esa misma anualidad se profirió auto de aprobación de costas, por lo que solicito copias para iniciar la ejecución.

De la misma forma, indicó que en el curso de dicho proceso a través de memorial adiado el 16 de septiembre de 2020, informó a dicho estrado judicial de la generación de nuevas incapacidades que no se relacionaron en los hechos de la demanda anterior, las cuales no fueron sufragadas por parte de las accionadas, incapacidades que fueron generadas a partir del 3 de noviembre de 2018 y hasta el 26 de junio de 2019 por parte de la EPS SALUD TOTAL.

Por último, señaló que desde el 26 de junio de 2019, la EPS demandada se niega a emitir incapacidades pese a su estado de salud, por tanto, su empleador el 22 de noviembre de 2019 dio por terminado su contrato de trabajo, lo que ocasionó la desvinculación al sistema de seguridad social y la interrupción de todos los tratamientos médicos que venía adelantado, lo que ha conllevado a que no exista mejoría en su salud y que pueda acceder a un nuevo empleo, acotando que la falta de pago de las incapacidades afecta su derecho al mínimo vital. (archivos 01 y 06).

### **1.3 CONTESTACIONES DE LA DEMANDA:**

Por auto fechado el 26 de septiembre de 2026, el Juzgado de origen tuvo por no contestada la demanda a las accionadas. Decisión, respecto de la cual declaró la nulidad en audiencia efectuada el 16 de noviembre de 2022, oportunidad en la que notificó por conducta concluyente a SALUD TOTAL EPS-S S.A., y ordenó notificar nuevamente a COLPENSIONES. (archivos 08, 10 y 11)

En virtud de lo anterior, SALUD TOTAL EPS-S S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones que se enlistan en el libelo introductorio, aduciendo que ha cumplido y garantizado la prestación de los servicios y todas aquellas prestaciones requeridas y solicitadas por la actora, quien no ha



efectuado las gestiones del caso, tendientes a obtener el pago de las incapacidades pretendidas.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de solicitud, reclamación o agotamiento de vía administrativa para el pago de prestaciones económicas, buena fe, prescripción, improcedencia del pago de intereses corrientes y de mora y la innominada o genérica. (archivo 13)

COLPENSIONES en su contestación se opuso a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, precisando que no tiene la obligación legal de reconocer el pago del auxilio por incapacidad que reclama la gestora.

Propuso como excepción previa la de cosa juzgada, por existir unidad en las pretensiones y en las partes, con el proceso adelantado ante el Juzgado Doce Laboral del Circuito con el radicado No. 11001310501220180062000 en el que se emitió fallo el 16 de septiembre de 2020 en el que se absolvió a esa administradora del pago de las incapacidades que reclama la activa, decisión que confirmó este Tribunal el 26 de febrero de 2021; excepción que se declaró no probada en audiencia llevada a cabo el 17 de mayo de 2023, en tanto, las incapacidades que aquí se reclaman no son las mismas que se solicitaron en el proceso anterior.

Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, la innominada o genérica, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación. (archivo 14 y 21)

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 31 de mayo de 2023, condenó a la SALUD TOTAL-S S.A. a reconocer y pagar a la promotora la suma de \$4.389.015 suma que debe ser indexada cada de estas

incapacidades desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago de conformidad con el IPC certificado por el DANE, incapacidades que se relacionan a continuación, del 18 de enero al 16 de febrero de 2019 por 30 días, del 16 de febrero al 1º de marzo de 2019 por 14 días, del 4 de marzo al 2 de abril de 2019 por 30 días, del 3 de abril al 17 de abril de 2019 por 15 días, del 18 de abril al 17 de mayo de 2019 por 30 días, del 18 al 27 de mayo de 2019 por 10 días y del 28 de mayo al 26 de junio de 2019 por 30 días, además declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, y probada la de inexistencia de la obligación frente a COLPENSIONES, y condenó en costas a SALUD TOTAL -S S.A.

Para arribar a dicha conclusión, el fallador de instancia trajo a colación el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013 que establece a cargo de quien están los dos primeros días de incapacidad por enfermedad general, el artículo 142 del Decreto 0192 de 2012 que regula lo atinente al proceso de calificación en caso de existir concepto de rehabilitación favorable, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 2018 que prescribe los casos en los que se reconocerán y pagarán a los cotizantes las incapacidades derivadas de las enfermedades de origen común superiores a 540 días y el artículo 2.2.3.2.3 de la misma norma que establece en qué casos se entiende prorrogada la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, así tenga un código diferente.

A continuación, expuso que en el plenario obra certificado de incapacidades expedido por SALUD TOTAL EPS, en el que se certifica que la actora le han expedido de forma continua y incapacidades desde el 22 de abril de 2014 al 03 de noviembre de 2018, cuyo diagnóstico corresponde al código M15.9 poli artrosis no especificada, que consiste en la iniciación y rigidez de las articulaciones del cuerpo, incapacidades que ya han sido reconocidas de acuerdo a lo manifestado por la promotora en la demanda.

A su vez, se encuentra en el plenario relación de incapacidades otorgadas a la demandante a partir del 3 diciembre del 2018 con diagnóstico M 79.7

fibromialgia, que consiste en un dolor multi esquelético generalizado, esto es, un diagnóstico estrechamente relacionado con el diagnóstico que venía siendo incapacitada desde el 22 de abril de 2014, incapacidades que corresponden a los siguientes periodos: 03/12/2018 al 01/01/2019, 03/01/2019 al 17/01/2019, 18/01/2019 al 16/02/2019, 16/02/2019 al 01/03/2019, 04/03/2019 al 02/04/2019, 03/04/2019 al 17/04/2019, 18/04/2019 al 17/05/2019, 18/05/2019 al 27/05/2019 y 28/05/2019 al 26/06/2019.

De lo anterior, refirió el *a quo* que las incapacidades otorgadas a partir del 03 de diciembre de 2018, a pesar de que no corresponden al mismo código, se CIE tienen relación directa con la enfermedad de base y que entre estas no hay una interrupción superior a 30 días calendario, predicándose la prórroga de la incapacidad.

Asimismo, de conformidad con el certificado de incapacidad expedido por SALUD TOTAL antes señalado, la última incapacidad reconocida por la EPS comprendía el periodo 10 de octubre de 2018 al 03 de noviembre de 2018, correspondiente a 1526 días de incapacidad, por lo que al ser incapacidades superiores a los 540 corresponde a la EPS, su reconocimiento y pago.

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la pasiva en su contestación, indicó que las incapacidades se causaron entre el 03 de diciembre de 2018 y el 26 de junio de 2019, empero, no obra en el plenario prueba tendiente a demostrar la interrupción de la prescripción al haberse presentado reclamación ante la EPS, igualmente, la demanda se presentó el 14 de febrero de 2022, en consecuencia, las incapacidades causadas y exigibles son las causadas a partir del 14 de febrero de 2019, encontrándose prescritas las causadas con anterioridad, precisando que si bien el demandante adujo que en el proceso adelantado en el Juzgado Doce Laboral del Circuito solicitó la adición de la demanda, y la inclusión de las incapacidades que aquí reclama, no obra prueba de esta afirmación.





Así las cosas, consideró que al efectuar las operaciones aritméticas del caso, y dado que la demandante efectuó aportes a salud por un salario mínimo legal mensual vigente, condenó a SALUD TOTAL EPS a reconocer y pagar a la demandante la suma de \$4.389.015, por las incapacidades causadas del 18 de enero de 2019 reiterando que al finalizar el 16 de febrero de 2019 no la consideraba prescrita, reconociendo el pago de las incapacidades causadas del 18 de enero de 2019 al 26 de junio de 2019 que relacionó previamente.

Respecto a los intereses moratorios, señaló que el artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 1333 del 2018 establece, a partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud de los valores correspondientes, a incapacidades por enfermedad general y licencia de incapacidad o paternidad el pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por las EPS y las EOC, través de reconocimiento directo o transferencia electrónica por un plazo no mayor a 5 días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de esta EPS o la EOC, la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuarán dentro de los 15 días hábiles siguientes a la solicitud del aportante, en todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al régimen contributivo de seguridad social en salud efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.

En el párrafo primero de dicho artículo señala que las EPS y las EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas debería realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo a lo definido en el artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, Luego, era deber de la parte actora acreditar la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento y pago de incapacidades, sin que obre prueba en el plenario sobre tal aspecto, en consecuencia, absolvió a la pasiva del pago de



intereses moratorios y en su lugar ordenó la indexación de las sumas adeudadas desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago.

Respecto de las excepciones declaró probada la de inexistencia del derecho reclamado que propuso COLPENSIONES, absolviéndola de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la EPS demandada a favor de la demandante.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la demandante la apeló. Argumentó en su alzada que tanto en la demanda como en la contestación se acepta que hubo una reclamación de las incapacidades dentro del proceso ordinario anterior, y así también lo afirma la parte demandada en su contestación, situación que debe interrumpir el término de prescripción, dado que la simple reclamación interrumpe este término de prescripción, por ende, para calcular los intereses moratorios y la prescripción debe tenerse en cuenta la fecha de 16 de septiembre de 2020 como interrupción de la prescripción y reclamación de las incapacidades, acotando que la norma refiere a la simple reclamación, de modo que, los intereses moratorios deben tasarse a partir del 16 de septiembre de 2020, fecha en la que efectuó la reclamación y tuvo pleno conocimiento la EPS.

Por su parte SALUD TOTAL EPS en su alzada, señala que el Juzgado de primera instancia cometió un error al no prescribir las incapacidades causadas del 18 de enero de 2019 al 14 de febrero de 2019, máxime si se tiene en cuenta que las incapacidades se causan por días, no por meses, y el hecho de que se expida por 30 días no quiere decir que se trate de un bloque de un solo pago o de una sola prestación económica, por lo que las incapacidades concedidas del 18 de enero de 2019 al 14 de febrero de 2019 están prescritas.

De otro lado, solicita se revisen las fechas de indexación determinadas por el Juzgado de instancia, ya que así como estudio la prescripción y como se dijo en



todas las consideraciones, nunca se hizo reclamación alguna a esa EPS de las prestaciones económicas que aquí se reclaman, por ende, la indexación de los pagos ordenados debe darse a partir de que se presentó la demanda, es decir, que debe contarse desde el 14 de febrero de 2022 hasta la fecha efectiva del pago.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar como problema jurídico a resolver, si en el presente asunto operó el fenómeno prescriptivo respecto de las incapacidades que deprecada en esta demanda la actora.

##### **c. De la prescripción del pago de incapacidades, los intereses moratorios y la indexación:**

Sea lo primero indicar, que no fue objeto de reproche que la demandante se encuentra afiliada en salud y pensiones a SALUD TOTAL EPS-S S.A. y a COLPENSIONES, respectivamente. De la misma forma, no se discute en esta instancia que a la gestora le fueron generadas sendas incapacidades por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud la referida EPS, de forma interrumpida por los menos entre el 31 de julio de 2014 y el 3 de noviembre de 2018, alcanzado un cúmulo de 1526 días, siendo la última incapacidad expedida en ese lapso la emitida entre el 5 de octubre y el 3 de



noviembre de 2018, pues así se colige de la demanda y su contestación, además de la certificación emitida por la EPS demandada el 17 de mayo de 2023. (archivos 01, 13, 14 y 19)

A su vez, y de acuerdo a los argumentos de los apelantes, se encuentra que no se objeta el hecho de que además le fueron generadas las siguientes incapacidades a la actora por parte de los prestadores de salud de la EPS encartada (f. 61 a 69 archivo 01), así:

| No. | Fecha Inicio | Fecha Fin  | Diagnóstico | No. Días |
|-----|--------------|------------|-------------|----------|
| 1   | 3/12/2018    | 1/01/2019  | M79.9       | 30       |
| 2   | 3/01/2019    | 17/01/2019 | M79.9       | 15       |
| 3   | 18/01/2019   | 16/02/2019 | M79.9       | 30       |
| 4   | 16/02/2019   | 1/03/2019  | M79.9       | 14       |
| 5   | 4/03/2019    | 2/04/2019  | M79.9       | 30       |
| 6   | 3/04/2019    | 17/04/2019 | M79.9       | 15       |
| 7   | 18/04/2019   | 17/05/2019 | M79.9       | 30       |
| 8   | 18/05/2019   | 27/05/2019 | M79.9       | 10       |
| 9   | 28/05/2019   | 26/06/2019 | M79.9       | 30       |

De cara a lo anterior, conviene acotar que en materia laboral los derechos se encuentran sujetos a un término de prescripción trienal, el cual se cuenta desde la fecha de causación y exigibilidad del derecho y es susceptible de interrupción, por una única vez mediante la correspondiente reclamación, acorde con lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Así, el artículo 151 del C.T.P. y de la S.S. señala que *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual”*.

En igual sentido, el artículo 488 del C.S.T., dispone que *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”* y el artículo 489 de la misma codificación dispone que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente”*.

Adicionalmente, es del caso señalar que cuando el deudor reconoce la obligación ya sea expresa o tácitamente, se interrumpe la prescripción, ello según voces del artículo 2539 del Código Civil.

Continuando con el estudio del pago de incapacidades, conviene mencionar que el artículo 3.2.1.3 del Decreto 780 del 2016, establece sobre el *“Ingreso Base de Cotización para los aportes en salud. En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de éstos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior aquel que su busca cubrir según sea el caso”*.

En concepto No. 100198 emitido el 16 de junio de 2014 por el MINISTERIO DE TRABAJO, se indicó:

*“La base para calcular el valor del auxilio por incapacidad en enfermedad general es el 66.67% del salario sobre el cual se cotizó en el último mes, para los primeros noventa (90) días de duración de la cesación de labores y del 50% para los siguientes noventa (90) días, excepto, cuando al aplicar las citadas proporciones, el resultado sea inferior al mínimo vigente, caso en el cual la compensación tiene que ser igual al 100% del salario mínimo. Los primeros dos días de incapacidad del trabajador deben ser asumidos por la empresa,*

*conforme a lo establecido por el Decreto 2943 del 17 de Diciembre de 2013, por medio del cual se modifica el parágrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.”*

Asimismo, el artículo 2.2.3.1.1. Decreto 1333 de 2018 señala sobre el pago de prestaciones económicas y más específicamente sobre el pago de intereses por la mora en el pago de las mismas lo siguiente:

*“A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.*

*El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante.*

*En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.*

*Parágrafo 1. La EPS o la EOC que no cumpla con el plazo definido para el trámite y pago de las prestaciones económicas deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.”*

El citado artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002, señala sobre los intereses de mora *“El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”*

En cuanto al tema de la indexación la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4902-2021 con radicación No. 44925 de 22 de septiembre de 2021, expuso *“De otro lado, la obligación adeudada por el extremo pasivo, ciertamente habilita la procedencia de la indexación, figura acogida por la Corte, en general respecto de las obligaciones insolutas, como una manera de atenuar la pérdida del poder adquisitivo del dinero durante el transcurso del tiempo, y con ello garantizar el pago completo e íntegro de la prestación cuando el transcurso del tiempo la devalúa.”*

A su vez, en sentencia SL4105-2020 con radicación No. 63059 de 16 de septiembre de 2020, el órgano de cierre de esta especialidad explicó que la fórmula a aplicar para resguardar la devaluación que sufre la moneda con el natural transcurrir de los años, es la siguiente:

*“Para lo anterior se aplicará la siguiente fórmula:*

$$V.a = V.h \times \frac{I.P.C. \text{ final}}{I.P.C. \text{ inicial}}$$

*En donde V.a. es el valor actualizado, V.h. es el valor a indexar, I.P.C. inicial es el índice de precios al consumidor acumulado a la fecha en que cada acreencia se hizo exigible y el I.P.C. final es el índice de precios al consumidor acumulado a la fecha en que se haga el pago efectivo de los aludidos conceptos.”*

#### **d. Del caso en concreto:**

Al descender al *sub examine*, y de acuerdo a los argumentos expuestos por las partes en la alzada, se memora que la parte actora reclama el pago de las incapacidades causadas entre el 3 de diciembre de 2018 y el 26 de junio de 2019, pedimento frente al cual el *a quo* declaró probada de forma parcial la excepción de prescripción propuesta por las encartadas, respecto de las incapacidades causadas con antelación al 14 de febrero de 2019, en tanto, la demanda se radicó el mismo día y mes de 2022 (archivo 02), sin que se allegara





al plenario prueba de la interrupción de dicho fenómeno, pese a que dijo la activa que en el proceso que adelantó ante el Juzgado Doce Laboral del Circuito allegó solicitud de adición de la demanda y la inclusión de las incapacidades que se reclaman en esta ocasión.

Manifestación que solo se queda en el dicho de la promotora, dado que en efecto no se probó en el trámite procesal la existencia de tal escrito, más aún, cuando contrario a lo aducido por la demandante en la apelación, no se advierte que la EPS demandada en su contestación haya aceptado adeudar tales incapacidades, pues fue argumento de su defensa que la actora nunca radicó ante esa entidad de salud las incapacidades que aquí se reclaman para su pago, por ende, la decisión del Juez de primer grado de negar el pago de intereses moratorios ante la falta de radicación de las mismas por parte de la interesada ante la EPS accionada no luce errada, de ahí, la improcedencia de la condena por intereses moratorios a dicha enjuiciada que deprecia la demandante.

Ahora, en cuanto a los argumentos de la EPS demandada en su apelación, respecto de que la prescripción debió operar frente a las incapacidades causadas antes del 14 de febrero de 2019, ya que el Juez de instancia dispuso el pago de las generadas entre el 19 de enero de 2019 y el 16 de febrero de 2019, arguyendo que se habían generado en vigencia de la prescripción que determinó, esto decir, el 14 de febrero de 2019; debe indicar este Juez Colegiado que le asiste la razón al impugnante, ya que no existe norma que señale que para efectos de pago las incapacidades deben tasarse a razón del periodo completo en que se otorgan.

Es decir, que el Juez de instancia al haber declarado que había operado el fenómeno prescriptivo frente a las obligaciones causadas con anterioridad al 14 de febrero de 2019, como bien lo concluyó; debió de ordenar el pago de las incapacidades generadas a partir de esa calenda y no haber determinado que debía operar el pago de las causadas entre el 18 de enero y el 16 de febrero de

2019 por tratarse de un solo periodo de incapacidad y estar dentro del rango de la prescripción advertida, más cuando en casos como el presente la ley ha reglado los periodos en los que el pago de esa obligación debe ser asumida por el empleador, la EPS y el fondo de pensiones, los cuales han sido determinados en días.

Así las cosas, se revocará de forma parcial el ordinal primero de la sentencia de instancia, que ordenó el pago de \$4.389.015 por concepto de auxilio por incapacidad a razón de las generadas desde el 18 de enero de 2019 hasta el 26 de junio de 2019, para en su lugar, condenar al pago de las incapacidades otorgadas desde el 14 de febrero de 2019 hasta el 26 de junio de 2019, de la siguiente forma:

| No. | Fecha Inicio | Fecha Fin  | Diagnóstico | No. Días | smmlv      | Salario Diario | Valor Total      |
|-----|--------------|------------|-------------|----------|------------|----------------|------------------|
| 1   | 14/02/2019   | 16/02/2019 | M79.9       | 3        | 828.116,00 | 27.604         | 82.812           |
| 2   | 16/02/2019   | 1/03/2019  | M79.9       | 14       | 828.116,00 | 27.604         | 386.454          |
| 3   | 4/03/2019    | 2/04/2019  | M79.9       | 30       | 828.116,00 | 27.604         | 828.116          |
| 4   | 3/04/2019    | 17/04/2019 | M79.9       | 15       | 828.116,00 | 27.604         | 414.058          |
| 5   | 18/04/2019   | 17/05/2019 | M79.9       | 30       | 828.116,00 | 27.604         | 828.116          |
| 6   | 18/05/2019   | 27/05/2019 | M79.9       | 10       | 828.116,00 | 27.604         | 276.039          |
| 7   | 28/05/2019   | 26/06/2019 | M79.9       | 30       | 828.116,00 | 27.604         | 828.116          |
|     |              |            |             |          |            | <b>Total</b>   | <b>3.643.710</b> |

Incapacidades que deben ser indexadas desde la causación de cada una de ellas, esto es, desde la fecha en que inicia cada uno de los siete periodos antes referidos hasta su pago efectivo, conforme la formula anteriormente señalada.

Finalmente, debe indicar la Sala que dadas las anteriores conclusiones frente a la prescripción y la indexación, no ahondará en los argumentos de la EPS sobre el cálculo de la indexación a razón de la prescripción que se declaró, en tanto, la misma en este caso opera desde el 14 de febrero de 2019 como lo solicitó la apelante.



Como corolario de lo anterior, se modificará parcialmente la sentencia de primer grado, por las razones aquí expuestas. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada, al no resultar prospero el recurso que propuso.

**V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal primero de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2023, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó el pago de \$4.389.015 por concepto de auxilio por incapacidad a razón de las generadas desde el 18 de enero de 2019 hasta el 26 de junio de 2019.

Para en su lugar, condenar al pago de las incapacidades otorgadas desde el 14 de febrero de 2019 hasta el 26 de junio de 2019, de la siguiente forma:

| No. | Fecha Inicio | Fecha Fin  | Diagnóstico | No. Días | smmlv      | Salario Diario | Valor Total      |
|-----|--------------|------------|-------------|----------|------------|----------------|------------------|
| 1   | 14/02/2019   | 16/02/2019 | M79.9       | 3        | 828.116,00 | 27.604         | 82.812           |
| 2   | 16/02/2019   | 1/03/2019  | M79.9       | 14       | 828.116,00 | 27.604         | 386.454          |
| 3   | 4/03/2019    | 2/04/2019  | M79.9       | 30       | 828.116,00 | 27.604         | 828.116          |
| 4   | 3/04/2019    | 17/04/2019 | M79.9       | 15       | 828.116,00 | 27.604         | 414.058          |
| 5   | 18/04/2019   | 17/05/2019 | M79.9       | 30       | 828.116,00 | 27.604         | 828.116          |
| 6   | 18/05/2019   | 27/05/2019 | M79.9       | 10       | 828.116,00 | 27.604         | 276.039          |
| 7   | 28/05/2019   | 26/06/2019 | M79.9       | 30       | 828.116,00 | 27.604         | 828.116          |
|     |              |            |             |          |            | <b>Total</b>   | <b>3.643.710</b> |

Incapacidades que deben ser indexadas desde la causación de cada una, esto es, desde la fecha en que inicia cada uno de los siete periodos anteriormente referidos hasta su pago efectivo, conforme la formula expuesta en la parte motiva de esta sentencia.



**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia de primer grado.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, y a favor de la EPS demandada. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$300.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 23 2022 00296 01  
Demandante:                        YESENIA DAZA GUZMAN  
Demandados:                       COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2023 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1    DE LA DEMANDA:**

La señora YESENIA DAZA GUZMAN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. en febrero de 2000. Asimismo, se declare la ineficacia de la afiliación que efectuó a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. y que para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Consecuencialmente, solicita se condene a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, junto con las sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. esto es con los rendimientos que se hubieren causado, se condene a lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita* y a las costas y agencias en derecho.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 26 de octubre de 1971, que realizó cotizaciones para efectos pensionales al Instituto de Seguros Sociales - ISS desde mayo de 1994 hasta febrero de 2000 alcanzando 283 semanas; y que el 11 de febrero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de COLFONDOS S.A., añadiendo que el 17 de marzo de 2008 se afilió a PROTECCIÓN S.A. en donde permaneció hasta el 30 de octubre de 2009, retornando nuevamente a COLFONDOS S.A., acreditando así más de 1.010 semanas en ambos regímenes.

Además, refirió que el traslado de régimen pensional se llevó a cabo sin tener información concreta y veraz de las consecuencias que le implicaría su decisión, acotando que COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. omitieron brindarle información sobre las ventajas o desventajas del cambio de régimen pensional, lo cual no se acredita con el formulario de vinculación, además no le informaron sobre las características de ambos regímenes y las condiciones para acceder a la prestación de vejez en estos. Igualmente, mencionó que en abril y junio de 2022 solicitó a COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. la anulación de su traslado de régimen, pedimento que fue negado por esas encartadas. (f. 1 a 16 archivos 01).

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLFONDOS S.A. en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda, arguyendo que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características

de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación que suscribió.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (f. 3 a 20 archivo 08)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la actora se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen, además se encuentra inmersa en la prohibición de traslado estatuida en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993.

Formuló como medios exceptivos los denominados 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 reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (f. 2 a 19 archivo 09).

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose



cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso en concreto y la innominada o genérica. (f. 1 a 21 archivo 10).

En audiencia celebrada el 29 de junio de 2023, el Juzgado de origen dispuso vincular como litisconsorte necesaria a PORVENIR S.A. (archivo 19)

En esa medida, PORVENIR S.A. al contestar dijo oponerse a las pretensiones de la demanda. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (f. 1 a 21 archivo 23).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de noviembre de 2023, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante YESENIA DAZA GUZMAN, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, declarando igualmente ineficaz los traslados a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., posteriormente a PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de febrero de 2000, 30 de junio de 2007, 1º de mayo de 2008, y 31 de octubre de 2009,*

*con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a esa administradora sin que haya lugar a descuento.*

*PARAGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante los días 01 de julio de 2002 y 02 de noviembre de 2009, se ordena devolver los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a recursos propios.*

*TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a la COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido entre el 01 de julio de 2007 hasta el 30 de abril de 2008, con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados, sin que haya lugar a descuento, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.*

*PARÁGRAFO: Se autoriza efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante el día 01 de mayo de 2008.*

*CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS SA. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a la COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados, sin que haya lugar a descuento, incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por los dos periodos en que estuvo afiliada ese fondo.*

*QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora YESENIA DAZA GUZMAN en el Régimen de Prima Media, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*

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

*SEPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada COLFONDOS SA. PENSIONES Y CESANTÍAS.*

*OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* precisó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establece que la libertad de escogencia de régimen pensional es un derecho de los afiliados. Asimismo, trajo a colación el artículo 1604 del Código Civil, el cual establece que la prueba del cuidado o la diligencia en los contratos

incumbe al que ha debido emplearlo, por lo que considera que está en cabeza de las AFP probar el cumplimiento del deber de información a raíz de la responsabilidad profesional que ostentan. Seguidamente, adujo que se probó que la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el cual se hizo efectivo a partir del 1º de marzo de 2000 por medio de COLFONDOS S.A. y se trasladó de manera horizontal a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., retornando a COLFONDOS en donde efectúa cotizaciones a la fecha.

De otro lado, señaló que la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha establecido sobre las AFP la labor de brindar información cierta, completa, suficiente, necesaria y oportuna de las características de los regímenes pensionales, la inversión de la carga de la prueba en los procesos de esta naturaleza y la no relevancia de situaciones como el régimen de transición o tener una expectativa legítima, por lo que de no cumplir con tales presupuestos, según los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, lo que procede es la ineficacia del traslado.

Al examinar las pruebas aportadas al trámite procesal, entre ellas el interrogatorio de parte practicado a la demandante, concluyó que no se acreditó el cumplimiento del deber de información por parte de COLFONDOS S.A. en el momento del traslado de la actora, declarando la ineficacia del traslado de régimen y ordenando la devolución de los emolumentos que obran en la cuenta de ahorro individual de la gestora hacia COLPENSIONES, por ultimo declaró no probadas la excepciones propuestas por las accionadas y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con tal decisión COLFONDOS S.A. la apeló. Al respecto, señala que la afiliación a ese fondo se dio en virtud de su derecho a escoger libremente su régimen pensional, siendo el RAIS su elección, además le informó sobre las consecuencias del traslado, las características de ese régimen, las ventajas y desventajas de ambos regímenes, el derecho de rentabilidad y el derecho de retractor y los requisitos para acceder a la prestación de vejez en los dos regímenes, lo cual consta en el formulario de vinculación.

En cuanto a la condena por gastos de administración indexados, adujo que tal descuento está autorizado por la ley y cumplió con su destinación y no se encuentran en su poder, además se produjeron unos rendimientos por lo que ordenar su indexación genera un enriquecimiento sin causa a favor del fondo público, por lo que deben tenerse en cuenta las restituciones mutuas, y destaca que la declaratoria de ineficacia vulnera la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Finalmente, solicita se revoque la condena en costas ya que actuó de buena fe y cumplió con sus deberes.

PORVENIR S.A. en su alzada solicita se revoque la condena por gastos de administración ya que su descuento está consagrado en la ley, además trasladarlos genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, acotando de la ordenen de indexar tales rubros genera una doble condena a su cargo, máxime cuando la misma se cubre con los rendimientos que se causaron a favor de la activa los cuales son superiores, agregando que la orden de devolver lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos es desproporcionado ya que no puede disponer de esos recursos hasta que se genere la contingencia, sucediendo lo mismo con el concepto de seguros previsionales.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que



recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través COLFONDOS S.A., el 11 de febrero de 2000, asimismo, se aportan los formularios de vinculación a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 19 de diciembre de 2001, a PROTECCIÓN S.A. el 17 de marzo de 2008 y a PORVENIR S.A. el 22 de mayo de 2007, vinculaciones que se hicieron efectivas el 1º de abril de 2000, el 1º de febrero de 2002, el 1º de julio de 2007, el 1º de mayo



de 2008 y el 1º de noviembre de 2009, según reporte obtenido del SIAFP. (f. 22 y 49 archivo 01, f. 34 y 35 archivo 10, f. 70 archivo 23).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acreditan que en efecto se haya suministrado la información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida en la que se dijo que *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante YESENIA DAZA GUZMAN en el interrogatorio de parte a ella practicado, relató que estando al servicio del Hotel Hacienda Royal en el año 2000 se mencionó que el ISS iba a desaparecer, por ende, los reunieron para hacer un traslado masivo por parte del empleador y así se produjo su traslado a COLFONDOS sin un asesor presente; que sus traslados a PORVENIR y a PROTECCIÓN se dieron a través de sus empleadores, sucediendo lo mismo con su retorno a COLFONDOS, acotando que durante esas vinculaciones no estuvo presente un asesor.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de la demandante, según lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*

*Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapa acumulativa</b>                                       | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye*

*dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que COLFONDOS S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración respecto de los cuales las impugnantes manifiestan su disenso ante tal condena, debe memorarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, ha señalado al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, debe indicarse que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha expuesto sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente,*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el*

*restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y



los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta COLFONDOS respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:

*“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

*“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*



*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado se encuentra ajustada a derecho por lo que habrá de confirmarse en su integridad.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

## **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esa sentencia.

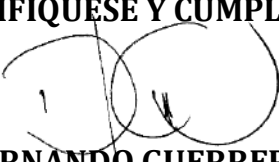
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo

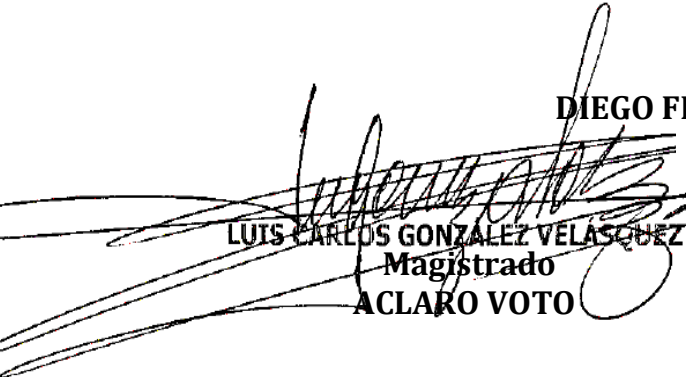


República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado  
ACLARO VOTO

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

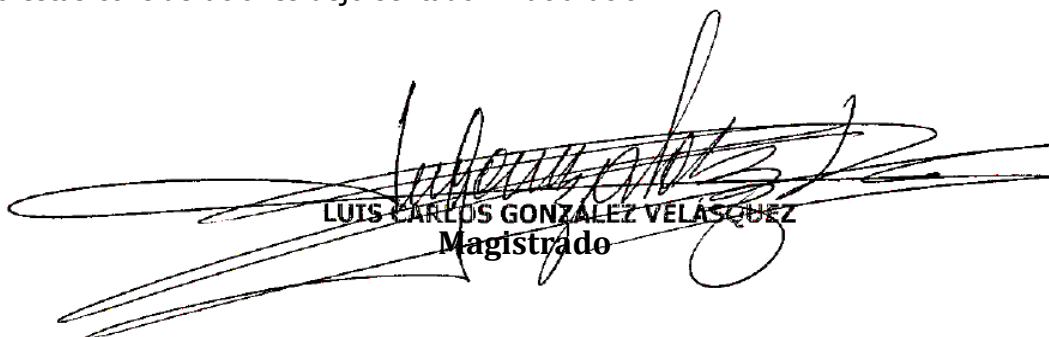
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 23 2022 00296 01 DE YESENIA  
DAZA GUZMAN contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y  
COLFONDOS S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

**Ordinario Laboral:** 1100131050 25 2019 01013 01  
**Demandante:** DORIS ANA CECILIA BLANCO DE GUIZA  
**Demandado:** UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES  
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP  
**Magistrado Ponente:** DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2023 por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora DORIS ANA CECILIA BLANCO DE GUIZA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP, a fin de declararse que la pensión de jubilación por servicios prestados que le fuese reconocida al señor CÉSAR YECID GUIZA de conformidad con lo establecido en la convención colectiva de trabajo vigente al momento de su retiro por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO mediante Resolución No. 3152 del 21 de febrero de

1984 a partir del 8 de diciembre de 1983, es de carácter extralegal, de allí que no fuese compatible.

Que en virtud de lo anterior, se declare que la sustitución pensional que le fue reconocida por parte de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO hoy asumida por la UGPP a través de la Resolución No. 02434 del 31 de marzo de 2003 con ocasión del fallecimiento del señor CÉSAR YECID GUIZA, es de carácter compatible con la pensión de sobrevivientes reconocida por COLPENSIONES en la Resolución No. 002826 del 27 de febrero de 2004.

Por consiguiente, se declare que la Resolución No. RDP 017108 del 15 de mayo 2018 emitida por la UGPP es ineficaz, al no ajustarse al orden constitucional y legal, así como vulnerar derechos adquiridos en su calidad de cónyuge del causante señor CÉSAR YECID GUIZA.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la entidad encartada, continuar pagando el 100% de la mesada pensional que venía recibiendo por concepto de la sustitución pensional por jubilación ante el fallecimiento de su cónyuge, al ser esta prestación compatible con la pensión de sobrevivientes que el ISS le reconoció a través de la Resolución No. 002826 del 27 de febrero de 2004, reconocimiento que se debe llevar a cabo en forma retroactiva e indexada desde el 15 de mayo de 2018, calenda en que la UGPP disminuyó el valor de la prestación pensional legalmente reconocida, hasta la fecha en que se verifique su pago.

Que se ordene la terminación inmediata del proceso de cobro coactivo adelantado por la UGPP en su contra, como quiera que la sustitución pensional que le fuese reconocida por dicha entidad y la pensión de sobrevivientes otorgada por COLPENSIONES son de carácter compatible.

Por último, se condene al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el señor CÉSAR YECID GUIZA ingresó a laborar al servicio de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO el 11 de enero de 1961, laborando allí 21 años y 74 días hasta la fecha de su retiro.

Que conforme a la convención colectiva de trabajo vigente a la fecha de retiro, la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO otorgaba la pensión de jubilación para el personal con 20 o más años de servicios continuos o discontinuos y que contara con 45 o más años de edad, por lo que el 21 de febrero de 1984 y a la edad de 45 años, la empleadora a través de la Resolución No. 3152 le reconoció al señor CÉSAR YECID GUIZA pensión convencional de jubilación a partir del 8 de diciembre de 1983 conforme a lo indicado en la convención colectiva de trabajo.

Mencionó que el ISS solo dio inicio a la figura de la compartibilidad pensional de las pensiones extralegales a partir del 17 de octubre de 1985 de conformidad con lo establecido en el Decreto 2879 de 1985. Igualmente, resaltó que el 16 de enero de 2003 falleció el señor CÉSAR YECID, fecha para la cual contaba con 65 años de edad, siendo su último patrono SEGUROS BOLIVAR S.A., sin que contara con los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, pues tan solo contaba con 353 semanas cotizadas.

Que en virtud del fallecimiento del causante, el 29 de enero de 2003 solicitó ante la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, por lo que la misma mediante Resolución No. 02434 del 31 de marzo de 2003 reconoció la sustitución pensional sobre el 100%, pensión que estaría a cargo del FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS – FOPEP, acto administrativo en el que además se señaló que dicha prestación sería de carácter compartible.

Mencionó que el 14 de abril de 2003, solicitó igualmente ante el extinto ISS pensión de sobrevivientes por las cotizaciones que el causante había realizado con el empleador SEGUROS BOLIVAR S.A., lo que conllevó a que se expidiera la Resolución No. 002826 del 27 de febrero de 2004, por medio de la cual le fue reconocido el derecho con base en las 353 semanas que había cotizado el fallecido, ello según los preceptos del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, ya que

el señor CÉSAR YECID laboró 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de sus deceso.

Que no obstante lo anterior, respaldándose de un trámite interno la UGPP el 3 de mayo de 2018 realizó un estudio de compartibilidad pensional sobre las mesadas pensionales que legalmente adquirió desde el 16 de enero de 2003 con ocasión del deceso de su cónyuge, lo que produjo que ella iniciara acción constitucional de tutela con contra de la encartada ante el Tribunal Administrativo del Meta, con la finalidad de que le fuesen protegidos sus derechos fundamentales al debido proceso, salud, seguridad social y mínimo vital al verse afectada por una serie de decisiones que configuraron una vía de hecho, la cual fue negada con el argumento de que existía otro mecanismo más idóneo.

Al unísono, expuso que la UGPP a través de Resolución RDP 017108 de 2018 efectuó un estudio de compartibilidad pensional, de allí que ordenara reajustar la pensión para concluir en forma arbitraria que las prestaciones eran de carácter compatible y no compatible, al igual que dispuso realizar un cobro coactivo sobre las mesadas cobradas de más desde la fecha de reconocimiento de la sustitución pensional hasta la data de inclusión en nómina, generándole una deuda con el Estado por valor de \$195.766.651, y tiempo después se profirió la Resolución RDP 023379 decidiéndose la misma situación de compartibilidad pensional.

Que la Resolución RDP 023379 fue objeto de solicitud de la compatibilidad pensional, por lo que la UGPP emitió la Resolución RDP 31307, última que confirmó la negativa de dicha figura, la cual fue confirmada a través de la Resolución RDPP 031307.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La UGPP contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, arguyendo para lo pertinente que se procedió a modificar la pensión de sobrevivientes de la demandante con base en las normas y disposiciones jurídicas que regulan la pensión de carácter convencional y la pensión de vejez, como quiera que la prestación de la cual es beneficiaria la actora es única y de



carácter compartible de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 3152 del 21 de abril de 1984 expedida por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, esto es, la que reconoció una pensión de jubilación al señor CÉSAR YECID GUIZA (q.e.p.d.).

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de una pensión de sobrevivientes en los términos pretendidos – la demandante tiene derecho a una única pensión de sobrevivientes compartida a cargo de COLPENSIONES y la UGPP, incompatibilidad pensional en razón a la naturaleza jurídica de la pensión convencional y la pensión legal, prescripción, buena fe y la innominada.

En audiencia llevada a cabo el 14 de septiembre de 2021, el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la vinculación de COLPENSIONES en su calidad de litis consorte necesario (Fl. 280 – PDF 01 PROCESO DIGITAL).

Fue por ello que, luego de notificada, COLPENSIONES contestó la demanda manifestando que a la aquí demandante señora DORIS ANA CECILIA BLANCO DE GUIZA le fue reconocida por el extinto ISS una pensión de sobrevivientes mediante Resolución No. 002826 de 2004, teniendo en cuenta para la obtención del derecho 353 semanas cotizadas. Igualmente, mencionó existir una falta de legitimación en la causa.

Formuló como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Pertinente también resulta poner de presente que en la audiencia celebrada el 23 de junio de 2022, el Juzgado en la etapa del saneamiento dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., dispuso excluir la pretensión declarativa 3 y la condenatoria 4, atinentes a la declaratoria de ineficacia de la Resolución RDP 017108 del 15 de mayo de 2018 y la condena por el cobro coactivo que dicha entidad le viene efectuando a la demandante, ello bajo el entendido que dichas pretensiones no eran competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

Por tal razón, concluyó que el asunto gravitaría en torno a determinar si la pensión de jubilación reconocida al causante señor CÉSAR YECID GUIZA (q.e.p.d.) por parte de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, asumida hoy por la demandada UGPP y sustituida a la demandante, no tiene carácter de compartida, pero sí de compatible con la pensión de sobrevivientes reconocida por COLPENSIONES a la también actora en calidad de cónyuge supérstite del fallecido y, en consecuencia, si se procede o no condenar a la entidad pensional UGPP continuar pagando el 100% de la mesada pensional por sustitución a la promotora del proceso desde el 15 de agosto de 2018 y en adelante, junto con el retroactivo pensional generado por diferencias causadas entre lo reconocido y lo que se debe reconocer, indexación anual, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas procesales.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de mayo de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR*** que la pensión de jubilación reconocida al causante señor CÉSAR YEZID GUIZA (q.e.p.d.) por parte de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO mediante Resolución No. 3152 de 1984, asumida hoy por la UGPP, no tiene carácter de compartida, pero es compatible con la pensión de sobrevivientes reconocida por COLPENSIONES a la demandante en calidad de cónyuge supérstite del causante.

***SEGUNDO: CONDENAR*** a la UGPP continuar pagando el 100% de la mesada pensional por sustitución a la demandante señora DORIS ANA CECILIA BLANCO DE GUIZA desde el 15 de agosto de 2018 y en adelante, junto con el retroactivo pensional generado con diferencias causadas entre lo ya reconocido y lo que realmente se debió reconocer, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

***TERCERO: DECLARAR*** no probada la excepción de prescripción propuesta por la parte accionada UGPP. Las restantes excepciones no se estudian por lo motivado.

***CUARTO: COSTAS*** de esta instancia a cargo de la demandada UGPP por la suma de \$3.200.000 a favor de la demandante.”

***QUINTO: ABSOLVER*** a la llamada como litis consorcio necesario COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda por lo motivado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

***SEXTO:*** *De no ser apelada la presente sentencia, envíese a la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.*

Para arribar a dicha conclusión, indicó el fallador de instancia que la figura de la compatibilidad pensional de las pensiones extralegales fue regulada por el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de la misma anualidad, al igual que el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 también de esa anualidad, preceptúa la figura de la compartibilidad.

De otra parte, adujo que según postura emanada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es diferente el concepto de la compartibilidad y la compatibilidad de las pensiones, por cuanto la primera surge conforme a los supuestos de hecho, es decir, que se comparte el valor que se venía cancelando el empleador con el de la pensión de vejez que reconoce el ISS, siempre y cuando la prestación pensional hubiese sido reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985, siendo cuenta de esta última su mayor valor si lo hubiere; en tanto, en la segunda situación no puede existir compartibilidad entre la pensión de vejez reconocida por el ISS y la pagada voluntariamente por el empleador.

Seguidamente, refirió que teniendo en cuenta el material probatorio acreditado en juicio, la pensión de sustitución de jubilación de índole convencional reconocida al cónyuge fallecido de la actora se trata de una pensión compatible mas no compartida como lo pretende ver la UGPP, puesto que la pensión reconocida al causante por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO hoy representada por la mentada UGPP mediante Resolución No. 3152 de 1984 y sustituida a la demandante lo fue a partir del 8 de diciembre de 1983, de allí que goce de compatible con la pensión reconocida a la también actora por parte del ISS, ya que la primera se causó con anterioridad al 17 de octubre de 1985, adicional al hecho que no yace prueba que advierta que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por consiguiente la compartibilidad de ambas.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

Adicionalmente, argumentó que ambas pensiones fueron objeto de pilares diferentes de cotización, puesto que la pensión de jubilación versó sobre las disposiciones convencionales entre empleador y trabajador, mientras que la pensión de sobrevivientes reconocida a la actora por el extinto ISS versa sobre las cotizaciones efectuadas por el trabajador fallecido al sector privado como lo fue el empleador SEGIUROS BOLIVAR S.A., tópico que no encuadra dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 128 de la Constitución Política.

Más adelante, concretó el *a-quo* que la UGPP debía continuar pagando el 100% de la mesada pensional por sustitución a la demandante desde el 15 de agosto de 2018 y en adelante, junto con el retroactivo pensional generado por diferencias causadas entre lo ya reconocido y lo que realmente se debió reconocer, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

Absolvió sobre alguna condena frente a COLPENSIONES, bajo el entendido que teniendo en cuenta el desarrollo del proceso, no se encontró alguna responsabilidad frente a dicha entidad.

En últimas, declaró no probada la excepción de prescripción impetrada por COLPENSIONES, disponiendo no estudiar las demás interpuestas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la demandada UGPP la apeló. Argumentó en su alzada que la demandante tiene reconocida una pensión de sobrevivientes por cargo de COLPENSIONES, de allí que como demandada y teniendo en cuenta la figura de la compartibilidad pensional, lo único que le compete es pagar el mayor valor entre la pensión de vejez y la prestación convencional reconocida al causante señor CÉSAR YEZID GUIZA; circunstancia por la cual, no existe obligación al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes por el 100% compatible, más aún si así quedó establecido en la Resolución No. 3152 del 21 de abril de 1984 expedida por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO que reconoció la pensión convencional al fallecido.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

**a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los requisitos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de dicha encartada, la Sala deberá auscultar si la pensión de jubilación extralegal que le fuese reconocida por parte de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO al señor CÉSAR YECID GUIZA (q.e.p.d.), sustituida por la aquí demandante señora DORIS ANA CECILIA BLANCO DE GUIZA, y la pensión legal de sobrevivientes de orden legal reconocida a la también actora por parte del extinto ISS a razón del fallecimiento del causante, son de carácter compatible o compatible.

**c. Del análisis del caso en concreto:**

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que mediante Resolución No. 3152 de 1984, la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO reconoció al fallecido señor CÉSAR YECID GUIZA (q.e.p.d.) pensión de jubilación de carácter extralegal a partir de 8 de diciembre de 1983, prestación que fue objeto de reajuste a través de la Resolución No. 1502 de 1985 (Fls. 27 a 28 – PDF 01 PROCESO DIGITAL).

(ii) Que como consecuencia del deceso del causante, la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN mediante Resolución No. 02434 de 2003, sustituyó la pensión de jubilación de carácter extralegal a la aquí demandante señora DORIS ANA CECILIA BLANCO DE GUIZA a partir del 16 de enero de 2003 (Fls. 29 a 33 – PDF 01 PROCESO DIGITAL).



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

(iii) Que mediante Resolución No. 002826 de 2004, el extinto ISS reconoció a favor de la demandante señora DORIS ANA CECILIA DE GUIZA pensión de sobrevivientes de orden legal, ello por cuanto el causante señor CÉSAR YECID GUIZA dejó causada la prestación de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (Fls. 34 a 35 PDF 01 PROCESO DIGITAL y fls. 37 a 38 PDF 04 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(iv) Que a través de la Resolución RDP 017108 de 2018, la UGPP efectuó un estudio de compartibilidad entre la pensión de carácter extralegal reconocida por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO al causante señor CÉSAR YECID GUIZA y la de carácter legal por sobrevivencia reconocida por el extinto ISS a la demandante, coligiendo la configuración de tal figura, por lo que dispuso el ajuste en el mayor valor a cargo del FOPEP, en la cuantía que resultase entre la diferencia del valor de la mesada pensional otorgada por la CAJA AGRARIA a partir del 17 de enero de 2003, día siguiente de la fecha del fallecimiento del causante, y el valor de la mesada reconocida por COLPENSIONES.

Asimismo, se determinó que en virtud de la figura de compartibilidad, el valor de las mesadas cobradas de más por la actora entre el 16 de enero de 2003 y la fecha de inclusión de nómina debían ser integradas (Fls. 36 a 41 – PDF 01 PROCESO DIGITAL y fls. 31 a 36 – PDF 04 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

(v) Luego de que la demandante reprochara a la UGPP el anterior acto administrativo, en el entendido que la demandada debe reconocer en un 100% las pensiones de jubilación extralegal y la legal, la entidad profirió las Resoluciones RDP 23379 de 2019 y RDP 031309 de 2019 en la que continuó con su postura en que dichas prestaciones eran de índole compartidas, pero no compatibles (Fls. 250 a 254 – PDF 01 PROCESO DIGITAL y fls. 138 a 141 – PDF 04 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

#### **d. Del caso en concreto:**

Para lo pertinente, sea lo primero indicar que de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de la misma anualidad, determinó en su artículo 5º:





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

***“Artículo 5°. Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.***

*La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.*

***Parágrafo 1°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.”***

Bajo este entendido, es claro que el precepto normativo en comento advierte que la figura de la compartibilidad tuvo origen a partir del año 1985, por lo que, con anterioridad a esta anualidad, prosperaba la figura de la compatibilidad pensional. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL701-2013, Radicación No. 48781 del 2 de octubre de 2013, indicó:

*“No incurrió el ad quem en el error endilgado por la censura toda vez que su decisión está acorde con la jurisprudencia proferida por esta Sala, en la que se ha asentado la compatibilidad de pensiones de carácter extralegal con las de vejez reconocida por el ISS, siempre y cuando las primeras se hayan reconocido con anterioridad al 17 de octubre de 1985, siempre que no se haya pactado la incompatibilidad en acuerdo convencional o pacto colectivo, así lo reitero esta Corporación en sentencia de casación del 17 de mayo de 2005, radicación 25251”*

Significa lo anterior que, al tenor de los preceptos jurisprudenciales, las pensiones convencionales reconocidas antes del 17 de octubre de 1985 no se comparten con las pensiones legales que otorgue el ISS, excepto si *el acuerdo que es fuente normativa de la pensión convencional* -individual o colectivo- establece expresamente, que la pensión que se otorga voluntariamente se va a compartir con la pensión de vejez que otorgue el ISS con posterioridad.



Recientemente, el órgano de cierre reiteró su postura en sentencias SL3199-2023, Radicación No. 95166 del 12 de diciembre de 2023, SL3009-2023, Radicación No. 94153 del 5 de diciembre de 2023, SL3120-2023, Radicación - No. 93408 del 29 de noviembre de 2023 - *doctrina probable* -, última decisión en la que se expuso:

*“Al respecto, importa a la Sala recordar que ante el hecho de que los trabajadores puedan llegar a ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma cómo, a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación; dado que así fue expedido el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese año y, posteriormente, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que claramente se dispuso:*

*COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.*

*PARÁGRAFO. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales.* (Subrayado de la Sala)

*La normativa citada pretendió evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran dos prestaciones, una de orden extralegal y la otra legal, a menos de que en forma expresa en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la prestación patronal era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de aquella, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar, únicamente, la diferencia o mayor valor, lo cual se ha denominado «compartibilidad».*

*De suerte que, en el evento de no resultar suma alguna a cargo del inicialmente obligado, por ser la pensión de vejez un rubro superior, responde solamente la entidad de seguridad social, en virtud de la subrogación impuesta legalmente a ella, momento a partir del cual queda el empresario exonerado de la obligación (CSJ SL2576-2021).*

*En definitiva, los parámetros a tener en cuenta para establecer si media la compartibilidad o la subrogación total, son: i) la fecha de asunción por*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*parte del ISS de la pensión de vejez y ii) el valor de la prestación convencional que a esa data perciba el beneficiario, con la excepción de que en la respectiva convención o pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, «se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales», evento en el cual resultan compatibles las dos prestaciones.”*

En tal sentido, la Sala puede colegir que conforme lo determinado el *a-quo*, al haberse reconocido la pensión de jubilación de carácter extralegal por parte de la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO al causante señor CÉSAR YECID GUIZA (q.e.p.d.), a partir del 8 de diciembre de 1983 y mediante Resolución No. 3152 de 1984, la cual fue sustituida por la aquí demandante en Resolución No. 02434 de 2003, palmario resulta que es de carácter compatible, con la pensión de sobrevivientes de orden legal que el extinto ISS también le reconoció a la actora a través de la Resolución No. 002826 de 2004.

Ahora, si bien la Resolución No. 3152 de 1984 que reconoció el derecho de jubilación extralegal al causante a partir del 8 de diciembre de 1983 refiere acerca de la figura de la compartibilidad pensional, tal acto administrativo no puede considerarse como fuente normativa, siendo la única prueba que por demás pretende la demandada UGPP hacer valer para dicho fin, y por ello no puede enervar el carácter que tiene la prestación con base en la convención colectiva que la causó, en la medida que la resolución lo único que sopesa es una manifestación unilateral de la administradora pensional en la que no participó ni el fallecido señor CÉSAR YECID, ni mucho menos la organización sindical, aspectos todos que conllevan a confirmar plenamente la decisión de primer grado sobre este puntualísimo aspecto.

#### **e. De la excepción de prescripción:**

De otro lado, también se aprecia que de conformidad con lo establecido en los artículos 488 y 489 del C.S.T., en concordancia con el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., dentro del presente asunto operó el fenómeno trienal prescriptivo, ya que según se advirtió, la UGPP emitió la Resolución RDP 017108 del 15 de mayo de 2018 en la que efectuó un estudio de compartibilidad entre la pensión de carácter extralegal reconocida por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO al causante señor CÉSAR YECID GUIZA y la de carácter legal por sobrevivencia reconocida por el extinto ISS a la demandante, al igual



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

que, determinó en virtud de la figura de compartibilidad que el valor de las mesadas cobradas de más por la actora entre el 16 de enero de 2003 y la fecha de inclusión de nómina debían ser integradas (Fls. 36 a 41 – PDF 01 PROCESO DIGITAL y fls. 31 a 36 – PDF 04 EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO).

Seguidamente, la demandante presentó demanda el 27 de agosto de 2019, esto es, dentro de los 3 años siguientes al acto administrativo ya referido, aspectos todo por los que no goza de prosperidad el medio exceptivo; circunstancia por la cual, no se vio afectado ninguna mesada de carácter compatible, lo que a su vez conlleva a que la sentencia de primera instancia habrá de confirmarse en su integridad. **COSTAS** en esta instancia correrán a cargo de la demandada UGPP toda vez que su recurso de alzada no gozó con vocación de prosperidad.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada UGPP y a favor de la parte demandante. Fíjense como valor de agencias en derecho la suma de \$3.000.000, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 27 2019 00765 01  
Demandante:                              MYRIAM ALBENIS PALADINES PABÓN  
Demandado:                                SOCIEDAD HOTELERA TENQUENDAMA S.A.  
**Magistrado Ponente:              DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta en beneficio de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1     DE LA DEMANDA:**

La señora MYRIAM ALBENIS PALADINES PABÓN promovió demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD HOTELERA TENQUENDAMA S.A., a fin de declararse que es ineficaz la terminación del contrato de trabajo, y en consecuencia se disponga el reintegro al cargo que venía desempeñando o a un cargo de igual o mejor categoría, y se condene a la accionada al pago de la indemnización de 180 días de salario consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, más las acreencias laborales dejadas de percibir hasta el reintegro efectivo, así como la indemnización por marcha estipulada en el



pacto colectivo atinente a ciento tres (103) días de salario básico, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 18 de enero de 2013 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la SOCIEDAD HOTELERA TEQUENDAMA S.A., a fin de desempeñarse como técnico en tapicería, desarrollando funciones atinentes al tapizado y destapizado de sillas, montajes y arreglos de *black out* en habitaciones y salones, fabricación y mantenimiento de forros de ascensores, fabricación de bolsas en lino para lavandería, arreglo de alfombras en las diferentes áreas del hotel, retirar e instalar espejos, corte de espuma para sillas y corte de paño para sillas, así como que para ejecutar tales labores debía tomar medidas, hacer moldes, cortar con tijeras, cortar con cuchillo, aplicar pegante, pegar espumas, coser en máquina, colocar forros, pegar forros con pistola de ganchos, usar taladro y destornilladores.

Que a consecuencia de tales actividades padeció de fuertes dolores en los hombros, manos, muñecas y codos, ante lo cual la EPS-Salud Total, mediante comunicado dirigido al empleador de fecha 3 de diciembre de 2014, le solicita se allegue la Historia Clínica, entre otros documentos, los cuales son remitidos el 5 de enero de 2015, emitiéndose además recomendaciones por el Departamento de Desarrollo Humano, mediante memorando dirigido al Departamento de Mantenimiento y al Gerente Administrativo y Financiero, consistentes en no realizar manipulación de tijeras, taladros o agarres con aplicación de fuerzas y no manipulación de pedal de máquina de coser; de otra parte, el 9 de julio de 2015 la EPS Salud Total notificó a la ARL la calificación en primera oportunidad del origen de la enfermedad con diagnóstico de síndrome manguito rotador, hombro izquierdo tipo tendinosis del supraespinoso y subescapular, epicondilitis lateral bilateral, todas de origen laboral.



Que el 12 de agosto de 2015, notificó de la pérdida de capacidad laboral a la empleadora y el 19 de octubre de 2015 la ARL notifica el oficio por medio del cual se imparten recomendaciones, consistentes en reubicación del puesto de trabajo, evitar permanecer más de dos horas en una misma actividad, evitar manipular o trasladar cargas; de igual manera, el 15 de marzo de 2016 la ARL realiza calificación de pérdida de capacidad en un porcentaje del 24.5%, emitiéndose nuevas recomendaciones el 2 de noviembre de 2016.

Relata que el 10 de febrero de 2017 se pacta modificación del contrato de trabajo a fin de desempeñarse como Operador *Contact Center* en el Departamento de *Contact Center*, así como que se remitieron recomendaciones los días 14 y 15 de febrero de 2017; el 17 de febrero de 2017 la EPS le solicita a la empleadora que allegue la Historia Clínica, entre otros documentos, con el fin de estudiar el origen de las nuevas patologías adquiridas durante la relación laboral, petición que reitera el 18 de agosto de 2017.

Que el 25 de octubre de 2017, la EPS-Salud Total notifica a la ARL de una nueva calificación de origen de enfermedad con los diagnósticos de síndrome de manguito rotador derecho, bursitis subacromio subdeltoidea derecha y tenosinovitis de Quervain bilateral, ante lo cual se presenta desacuerdo por la ARL, siendo remitido el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, la que mediante dictamen de fecha 25 de mayo de 2018, establece que la enfermedad tenosinovitis de Quervain bilateral es de origen común, y en segunda instancia la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en dictamen de fecha 30 de marzo de 2019, modifica el dictamen determinando que la enfermedad tenosinovitis de Quervain bilateral es de origen laboral.

Que pese a existir recomendaciones laborales, el 13 de junio de 2019 el señor German Adolfo García Castellanos, jefe del Departamento de Desarrollo Humano, notifica del preaviso para la terminación del contrato de trabajo a

partir del 17 de julio de 2019, ante lo cual radicó una petición reiterando la condición de sujeto de especial protección como lo consagra la Ley 361 de 1997, a lo cual no se accedió por la empleadora. Que interpuso acción de tutela, la cual fue denegada y el 5 de agosto de 2019, radicó petición ante la ARL, a fin de que se informe si de todo el proceso de calificación y pérdida de capacidad laboral se había notificado al demandado, lo cual fue corroborado por la ARL.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La SOCIEDAD HOTELERA TEQUENDAMA S.A. contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, señalando que las funciones realmente desempeñadas eran las de mantenimiento preventivo y correctivo de tapicería del mobiliario de la sociedad, que incluía tapizado y destapizado de sillas y corte de espuma y paños para sillas; de otra parte, que en vigencia del contrato de trabajo la demandante no notificó el dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral y no informó que se encontraba en trámite de calificación ante las entidades correspondientes, máxime que solo una vez terminada la relación laboral, transcurridos aproximadamente 6 meses, se recibió por parte de la ARL una nueva calificación menor al 5% de PCL.

Refiere que, si bien existían unas recomendaciones de la ARL, y se efectuó una reubicación, la empresa desconocía el dictamen de PCL, aunado a ello que la demandante no presentaba ninguna situación de salud que le impidiera o dificultara sustancialmente el desempeño de sus labores.

Señala que, mediante preaviso del 13 de junio de 2019, se indicaron las razones objetivas de dicha decisión, atinentes a la expiración del plazo pactado motivada además en que desapareció la operación ante el contrato comercial que se suscribió con la firma GHL GRUPO HOTELES S.C.A. desde julio de 2019, la cual incluída el área de reservas en donde prestaba el servicio la actora.





Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada SOCIEDAD HOTELERA TEQUENDAMA S.A., mala fe de la demandante, pago, compensación, prescripción y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 negó las pretensiones de la demanda y en consecuencia declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada y cobro de lo no debido.

Para tal efecto señaló, tras hacer un recuento de las pruebas documentales aportadas al plenario, que no se acreditó que la empleadora haya tenido conocimiento de los dictámenes de pérdida de la capacidad laboral emitidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez; de otra parte, los testigos ADELMO ANTONIO LOPEZ VANEGAS y LEIDY CAROLINA POVEDA LARA, señalaron que la accionante laboró en mantenimiento y tuvo padecimientos entre los años 2017 y 2018 lo cual condujo a su reubicación, y la última recomendación solo hacía referencia al uso de silla ergonómica, sin que advirtieran limitación alguna para el cumplimiento de funciones en el *Contact Center*, aunado a ello que no se conocían los dictámenes de PCL.

Así las cosas, estimó que para la fecha de terminación del contrato de trabajo el 17 de julio de 2019, la accionante no padecía una limitación superior al 15%, máxime que las calificaciones datan de los años 2016 y 2018, siendo reubicada respecto de las recomendaciones que en esa época se expidieron, y con posterioridad mantuvo vigilancia sobre el cumplimiento de las medidas atinentes al riesgo que se mitigaba con la medida; así mismo, si bien a finales



de 2017 e inicios del 2018 se inició una nueva calificación de PCL, ello no acredita una limitación moderada, pues no se aportó el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y del texto del dictamen de la Junta Nacional, se establece que no se asignó un porcentaje, sino que solo se calificó el origen de una patología; en igual sentido, no se acreditó que los mismos se hayan notificado a la empleadora, por lo cual el Juzgado requirió a la ARL, quien tampoco aportó prueba de la comunicación.

Finalmente, que el último dictamen se notificó cuando ya había fenecido el contrato con un 4.29% de PCL, lo cual no acredita la limitación aducida, y en gracia de discusión, en el proceso la empleadora acreditó que el contrato de trabajo culminó por una razón objetiva, atinente a la desaparición de la causa que motivo el contrato, lo cual fue corroborado por la prueba testimonial.

En lo atinente a la indemnización por marcha, refirió que no se aportó el pacto colectivo que la regula.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Teniendo en cuenta que la parte demandante no interpuso recurso de apelación, se debe surtir el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con lo regulado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

#### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta los términos en que se fijó el litigio en primera instancia y se profirió la sentencia, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si la accionante tiene derecho a la garantía de la estabilidad laboral reforzada por salud, así como al reintegro y si resulta procedente el pago de la indemnización de 180 días regulada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

**c. Del contrato de trabajo:**

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, sea lo primero indicar que no fue objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que entre la demandante señora MYRIAM ALBENIS PALADINES PABÓN en su calidad de trabajadora y la SOCIEDAD HOTELERA TENQUENDAMA S.A. como empleadora, se celebró un contrato de trabajo a término fijo el 18 de enero de 2013 (Fls. 257 a 259 archivo digital ExpedienteDigitalizado.pdf).

(ii) Que el 13 de junio de 2019, la sociedad empleadora comunicó a la trabajadora el “*preaviso terminación contrato a terminó fijo*”, aduciendo que el contrato de trabajo no sería prorrogado, en tanto “*a partir del primero (1º) de julio de 2019, el Hotel Tequendama Bogota, del cual hace parte la dependencia de Reservas en la cual presta Usted sus servicios, será operado por la firma GHL GRUPO HOTELES S.C.A., en ejecución del contrato de mandato suscrito para tales efectos, con lo cual desaparece la causa y motivo de su vinculación contractual laboral*” (Fls. 254 a 255 archivo digital ExpedienteDigitalizado.pdf).

**d. De la estabilidad laboral reforzada:**

En torno al problema jurídico planteado, se advierte que según lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL882-2022,

Radicación No. 88057 de 22 de marzo de 2022, la garantía establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, debe ser entendida en forma sistemática, en tanto su fin es proteger la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales, así:

*“[...] la Sala debe recordar la tesis sostenida por esta corporación en torno a la protección legal y constitucional de dichas personas, conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*

*“La Corte ha sostenido que el origen de la protección especial que se depara a las personas en situación de discapacidad se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política. Esta norma superior, tras declarar que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, precisa que el Estado «promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados» y que, en función de ello, «protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan» (CSJ SL4412-2021).*

*“Sobre ese sustrato constitucional, esta corporación le ha dado un entendimiento al artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así, en repetidas oportunidades, entre otras, en las sentencias CSJ SL6850-2016; CSJ SL11411-2017, CSJ SL3772-2018, CSJ SL711-2021 y CSJ SL582-2022, la Corte ha orientado que la protección de la estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud constituye un límite especial a la libertad de despido unilateral con que cuentan los empleadores. Su fundamento abarca, además de la norma constitucional ya indicada, otras del mismo orden que propenden por la conservación del empleo y por la prohibición de la discriminación en razón de la existencia de cualquier limitación física o sensorial.*

*“En efecto, en la última providencia indicada, la Sala recordó el análisis de las normas que regulan el denominado principio de estabilidad laboral reforzada de las personas en situación de discapacidad, señalando que el mismo tiene por venero:*

*“[...] diversos artículos [de la norma superior]. Por ejemplo, el 13, en tanto prevé que el Estado debe promover las condiciones para que el mandato de igualdad sea real y efectivo, particularmente tratándose de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta; el 47 y 54, que establecen el deber*

*de crear e implementar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, así como de ofrecer formación profesional y técnica a quienes lo requieran, y garantizar a las personas en situación de discapacidad el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud; el mismo artículo 53 sobre el estatuto del trabajo, el cual, dentro de sus principios debe incluir igualdad de oportunidades para los trabajadores, estabilidad en el empleo, primacía de la realidad sobre las formalidades, garantía a la seguridad social, capacitación; el 95, que dispone el deber de solidaridad con dichas personas, y por último, el artículo 366, que establece, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, haciendo énfasis en que la educación de las personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.*

*“Y añadió, que tales preceptos, además,*

*“[...] se articulan con normas de carácter internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 762 de 2002); el Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas (incorporado mediante la Ley 82 de 1988), y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobado por la Ley 1346 de 2009).*

*“[...]*

*“En ese contexto, en relación con la garantía del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala tiene adoctrinado que su lectura debe ser sistemática, en tanto acuda a las demás fuentes jurídicas de protección a la discapacidad y, sobre todo, con su finalidad y los bienes jurídicos que busca proteger, que no son otros que la no discriminación en el empleo o, en otras palabras, la salvaguarda de la estabilidad laboral frente a comportamientos discriminatorios del empleador, fundados en deficiencias físicas, sensoriales o mentales (CSJ SL1360-2018).*

*“[...]*

*“En ese marco conceptual, resulta importante determinar quiénes son beneficiarios de la estabilidad laboral reforzada, pues, como se ha explicado, por ejemplo, en la providencia CSJ SL5700-2021, «no toda afección de salud es merecedora de la protección foral», lo que significa que no está determinada por la existencia de una patología o una incapacidad médica, sino por «una situación objetiva, concretada en un*

*grado de limitación relevante», que garantice su finalidad y el efecto jurídico que busca proteger, esto es, se resalta, la no discriminación en el empleo.”*

Ahora bien, se debe señalar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1154-2023, Radicación No. 93093 del 10 de mayo de 2023, recoge los criterios que había esbozado a efectos de establecer si el trabajador ostenta la condición de discapacidad, señalando:

*“De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:*

*“(i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*

*“(ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

*“En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».*

*“[...]*

*“Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:*

*“[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*

*“[...]*

*“Para tales efectos la Sala entiende por ajustes razonables, una lista no cerrada de medidas o adaptaciones que los empleadores pueden implementar para eliminar o mitigar esas barreras y permitir la plena participación de las personas con discapacidad en el trabajo.*

*Asimismo, los ajustes razonables deben fundarse en criterios objetivos y no suponer «una carga desproporcionada o indebida» para el empleador.*

*“[...]*

*“En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:*

***“a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.***

***“b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;***

***“c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.***

***“Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.***

*“[...]*

*Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:*



*(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano;*

*(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y*

*(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.*

En ese orden de ideas, procede la Sala a analizar si en el presente evento se configuran los elementos que concurren en el concepto de discapacidad, evento que es el objeto de protección en la Ley 361 de 1997.

Al respecto se debe señalar en primera medida, que la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo se adoptó por la empleadora el 13 de junio de 2019, motivo por el cual, la parte demandante tiene la carga probatoria de acreditar, como primer requisito, que para dicha época ostentaba una *deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo*.

Así las cosas, se advierte que al plenario se aportó como prueba documental, que se aduce da cuenta de dicha situación, el memorando del 27 de abril de 2015, remitido por la señora MARÍA CAROLINA LONDOÑO, jefe del Departamento de Desarrollo Humano, mediante el cual se aportan recomendaciones médicas de fisioterapia, atinentes a no realizar manipulación de tijeras (corte), taladro o agarres con aplicación de fuerza, y no manipular el pedal de la máquina de coser (Fl. 31 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado).

Así mismo una calificación de PCL en primera oportunidad expedida por la EPS Salud Total, en la cual se dictamina como diagnósticos los denominados síndrome manguito rotador, hombro izquierdo tipo tendinosis del supraespinoso y subescapular, epicondilitis lateral bilateral y epicondilitis media bilateral (epitrocleitis) (Fl. 34 a 43 archivo digital 01ExpedienteDigitalizado), en el cual, además, se expone que tienen un origen

laboral. Dicho dictamen fue comunicado por la accionante a la sociedad empleadora el 12 de agosto de 2015 (Fl. 45).

Se aportó además las recomendaciones expedidas por la IPS Cuidarte el 19 de octubre de 2015, comunicadas a la empleadora, entre las cuales se encuentra la de reubicación laboral, aduciendo la existencia de una *“limitación funcional y dificultad para desempeñar las tareas propias del cargo”* (Fls. 46 a 48).

La ARL POSITIVA emitió dictamen de PCL el 15 de marzo de 2016, en la cual se establecen como deficiencias el *“síndrome de manguito rotador izquierdo y dolor crónico somático leve secundario”*, estableciendo una PCL del 24,15% con fecha de estructuración del 2 de diciembre de 2015 (Fls. 49 a 54). En dicha calificación además se aduce frente al rol laboral:

*“Con respecto al título 2, se encuentra paciente con rol laboral adaptado dado que alcanzó la mejoría médica máxima, terminó el proceso de rehabilitación integral y de ser reubicada como mecanismo de protección articular, teniendo en cuenta la limitación funcional a nivel de hombros, pérdida de fuerza muscular y sintomatología dolorosa, con limitaciones y restricciones moderadas. Trabajador con autosuficiencia reajustada e independiente para las actividades básicas cotidianas y las actividades de la vida diaria”.*

Se advierte en este punto, que se aporta el memorando del 2 de noviembre de 2016, en el cual la sociedad accionada le comunica una serie de recomendaciones laborales, remitiéndose a las emitidas por la ARL POSITIVA (Fls. 56 y 57), así como la *“Modificación Bilateral al Contrato de Trabajo”* del 10 de febrero de 2017, en la cual se pactó:

*“PRIMERO: Acuerdan las partes modificar bilateralmente la cláusula primera del Contrato Principal en el sentido que a partir del 10 de Febrero de 2017, las funciones a desempeñar por EL TRABAJADOR serán las de OPERADOR CONTACT CENTER en forma exclusiva en el desempeño de las funciones propias del cargo las cuales se encuentran relacionadas en el*

*manual de Funciones y Competencias vigente, y con la categoría de TRABAJADOR OFICIAL, en el Departamento de CONTACT CENTER”.*

Así las cosas, concluye la Sala que en principio la accionante se encontraba en una situación de *deficiencia física*, la cual se catalogaba para la fecha de las calificaciones y recomendaciones como de *mediano y largo plazo*, en tanto los padecimientos se documentan desde el año 2014, no obstante, dicha situación fue objeto de protección por parte de la empleadora, en tanto no solo se advierte que activó y ejecutó las recomendaciones médicas, las cuales puso constantemente de presente a la trabajadora, sino que además, la reubicó en un empleo que implicaba superar la deficiencia para la manipulación y esfuerzos físicos en las labores para las que inicialmente fue contratada.

En ese orden de ideas, los anteriores documentales no acreditan que, para la fecha del preaviso, 13 de junio 2019, esto es, más de dos años con posterioridad a la reubicación, la accionante presentara las mismas barreras frente a las funciones desempeñadas con ocasión de la modificación del contrato de trabajo, en tanto venía desempeñándose como Operadora en el *Contact Center*.

En otro giro, se advierte que se dio inicio a un segundo proceso de calificación de PCL, en virtud del cual se elaboró un estudio al puesto de trabajo con destino a la EPS Salud Total (Fls. 66 a 92), en el cual se concluye:

- *La trabajadora labora en la empresa hace 11 años se desempeñó como Técnica en tapicería durante 4 años, realizando las siguientes actividades: Tomar medidas, Hacer molde, Cortar con tijeras, Cortar con cuchillo, Aplicar pegante, Pegar espumas, Coser en máquina, Colocar forros, Pegar forros con pistola de ganchos, Usar taladro y Usar desatornillador [...]*
- **Desde hace 8 meses se desempeña como Operaria de Contac center.**

- **Las tareas que realiza la operaria son rutinarias y autoadministradas.**
- *La trabajadora adopta postura bípeda prolongada (72%) asociada a desplazamientos continuos dentro del área, la cual intercala con posturas mixtas (sedente, cuclillas, cuadrúpedo).*
- *Se evidencia que la realización de movimientos se centraliza en miembros superiores especialmente en hombros - codos - antebrazos y manos, de predominio derecho, asociadas a agarres cilíndricos y acción gatillo en dedos.*
- *Se observan posturas anti gravitacionales a nivel de hombro y antebrazo en la totalidad de las actividades ejecutadas por la trabajadora.*
- **El mayor porcentaje de las actividades se desarrollan en zonas mínimas y en plano medio de trabajo.**
- *Al evaluar las condiciones ambientales se percibe calor que refiere la trabajadora que le genera discomfort el cual es perceptible durante la visita y es generado por los ductos de lavandería ubicados en el techo del área, el cual en la actualidad no es cuantificado.*

Así las cosas, en dicho análisis no se advierte que las patologías previamente calificadas, le implicaran una barrera para desempeñarse como operaria de *Contact Center*, más aún cuando se advierte que la nueva calificación realizada en primera oportunidad por la EPS el 25 de octubre de 2017 (Fls. 108 a 120), establece como diagnósticos los de síndrome de manguito rotador derecho, bursitis subacromio-subdeltoidea derecha y tenosinovitis de Quervain bilateral, sin embargo en dicho dictamen se establece frente al puesto de trabajo que desempeña las funciones de *“Tomar medidas, hacer molde, cortar con tijeras, cortar con cuchillo, aplicar pegante, pegar espumas, coser en máquina, colocar forros, pegar forros con pistola de ganchos, usar taladro y usar desatornillador”*, mismas que no venía desempeñando desde febrero de 2017. En igual sentido, dicho dictamen refiere que las enfermedades son de origen laboral.



Frente a dicho dictamen enrostró inconformidad la ARL POSITIVA, por lo que fue enviado el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, no obstante, no se aportó el dictamen que emitiera, y solo se allega un requerimiento del 29 de mayo de 2018 para que la sociedad comparezca a notificarse de la calificación (Fl. 124), sin que se advierta que en efecto haya comparecido o que haya conocido el contenido del mismo por otro medio.

Ahora, se adjuntó el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 30 de marzo de 2019 (Fls. 136 a 145), en el cual se establece que la Tenosinovitis de estiloides radial (De Quervain) (Bilateral) es de origen laboral, para cuyo estudio tuvo en cuenta las funciones que inicialmente desempeñaba la accionante, y sin establecer un porcentaje de PCL. Frente a dicho dictamen tampoco se advierte medio de convicción alguno que acredite que fue de conocimiento por parte de la empleadora, asistiéndole razón a la *a-quo* que en solo se aportó la notificación a la trabajadora (Fl. 146).

Debe acotarse que por pasiva se aduce que el referido dictamen fue de conocimiento de la demandada, en razón a que en el mismo oficio que notifica a la trabajadora se refiere “con copia al demandado”, así como que la misma demandante puso en conocimiento de la demandada del dictamen; argumentos que no comparte la Sala en tanto el solo hecho de indicar en el cuerpo del oficio que se dirige con copia al empleador, en manera alguna acredita que en efecto se haya llevado a cabo la notificación, más aún cuando no existe prueba documental alguna que corrobore que se envió el dictamen; de otra parte, la activa no demostró que en calidad de trabajadora haya entregado copia del dictamen a la sociedad accionada.

En el memorando del 12 de abril de 2019, se advierte como recomendación de seguridad y salud en el trabajo, el cambio de silla ergonómica, sin que se haga

referencia a una barrera para la prestación del servicio proveniente de una deficiencia física.

Por lo anterior, estima la Sala que, si bien la accionante desde el año 2014 viene padeciendo de patologías de origen laboral, que implicaron una deficiencia física, las mismas no se constituyen en barreras para el desempeño de las labores que fueran pactadas de manera bilateral desde febrero de 2017, y por ello, no se advierte que, para el mes de junio de 2019, la accionante tuviese cualquier tipo de obstáculo que le impidiera el ejercicio efectivo de las labores en el área de *Contact Center*.

En ese sentido, no se activa la presunción que el despido tuvo un fin discriminatorio, pues, a *contrario sensu*, la sociedad acreditó que desde febrero de 2017 se pactó la modificación de las funciones superando así las barreras que implicaban las patologías calificadas frente a las funciones inicialmente desarrolladas, transcurriendo además dos años y cuatro meses aproximadamente hasta que adoptó la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo, fecha para la cual las recomendaciones laborales consistían en pausas activas y en el cambio de la silla ergonómica, reiterándose que no se acreditó que se mantuvieran las barreras laborales con posterioridad al mes de febrero de 2017, más aún cuando la prueba testimonial rendida por la señora LEIDY CAROLINA POVEDA LARA jefe de Talento Humano de la demandada, corroboró dicha situación, al señalar que no existían dificultades de salud para la prestación del servicio.

Así las cosas, al no activarse la presunción de discriminación, el empleador tenía a su alcance el no prorrogar el contrato de trabajo pactado a término fijo mediante el respectivo preaviso, lo cual cumplió oportunamente mediante misiva del 13 de junio de 2019, y en la cual además expuso que desapareció la causa y motivo de la vinculación contractual, esto es el servicio de *Contact*



*Center*, a partir del 1º de julio de 2019, en tanto sería operado por la firma GHL GRUPO HOTELES S.C.A., hecho que fue corroborado por la prueba testimonial.

En efecto la señora LEIDY CAROLINA POVEDA LARA jefe de Talento Humano de la demandada, refirió que para el 2019 la accionada firmó un contrato con la empresa GHL GRUPO HOTELES S.C.A. para la operación del hotel, por ende, la labor de recepción de llamadas ejercida por la accionante ya no sería realizada por la sociedad demandada, lo que motivo la decisión de no prorrogar el contrato.

El señor ADELMO ANTONIO LÓPEZ VANEGAS, quien labora para la accionada en el empleo de Asistente de Nómina de Pensionados, señaló que la actora pertenecía al área operativa del Hotel Tequendama, labores que se contrataron para ser administradas con GHL GRUPO HOTELES S.C.A. en el año 2019, lo que motivó la terminación de todos los contratos de los trabajadores que laboraban en dicha área.

Así las cosas, estima la Sala que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada en su integridad, en tanto no se acreditó por activa una deficiencia física que implicara una barrera para la labor en el área de *Contact Center* para junio de 2019, siendo que solo se acreditó una discapacidad que fuese superada con la reubicación pactada mutuamente desde febrero de 2017, por lo cual no se activa la presunción de un despido discriminatorio, más aún cuando la decisión se amparó en el vencimiento del término pactado mediante el oportuno preaviso, sustentado además en una razón objetiva.

Finalmente, se tiene que no se aportó el aducido pacto colectivo que contenga la prestación extralegal deprecada y denominada indemnización por marcha, por lo que también le asistió razón a la *a-quo* al absolver de este pedimento.

**SIN COSTAS** en esta instancia.



## V. DECISIÓN

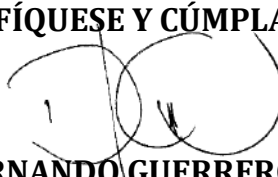
En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### RESUELVE:

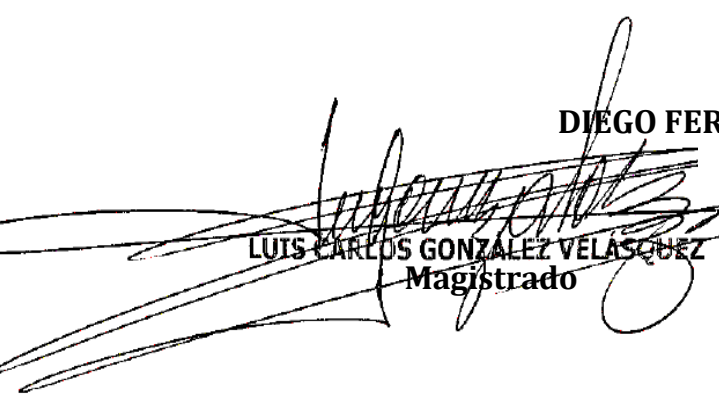
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 28 2016 00238 01  
Demandante:                        MILSON NÚÑEZ  
Demandado:                        ATLAS SEGURIDAD LTDA y BRITISH AMERICAN  
                                             TOBACCO COLOMBIA S.A.S.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1    DE LA DEMANDA:**

El señor MILSON NÚÑEZ promovió demanda ordinaria en contra de ATLAS SEGURIDAD LTDA y BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., a fin de declararse que con la primera referida existió un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2002 y el 25 de enero de 2016.

Asimismo, se declare que ATLAS SEGURIDAD LTDA en su calidad de contratante y BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. como beneficiaria, son solidarias y mancomunadamente responsables de las obligaciones salariales y prestacionales insolutas y existentes a su favor, junto con el pago de indemnizaciones a que haya lugar.

Se declare que constituye sueldo básico las partidas que ATLAS SEGURIDAD LTDA. denominó en el contrato de trabajo suscrito el 1º de marzo de 2002 y, en los sendos otrosíes como horas extras fijas, auxilio adicional para medios de transporte, rodamiento y tiempo suplementario, vínculo laboral que por demás fue finalizado sin justa causa por dicha sociedad el 25 de enero de 2016.

Por consiguiente, se les condene a las demandadas al pago de la reliquidación salarial durante los últimos 3 años a la finalización del contrato por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Igualmente, se les condene a las encartadas al pago de la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T. debidamente indexada, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 de la misma disposición normativa, sanción por la consignación de las cesantías al correspondiente fondo de conformidad con lo establecido en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita* y las costas procesales.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que el 1º de marzo de 2002 suscribió contrato de trabajo de obra o labor contratada con la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA. debiendo prestar sus servicios en las instalaciones de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., vínculo en el que se pactó como salario básico la suma de \$358.000, \$152.000 por concepto de horas extras y \$34.000 a razón de subsidio de transporte, sumado al hecho que, en la misma calenda se celebró un Otrosí donde se precisó en su literal b) que “(...) *los beneficios o auxilios pactados con los clientes de ATLAS SEGURIDAD LTDA para mejorar sus ingresos (...) tampoco tendrán naturaleza salarial ni prestacional*”.



De otro lado, mencionó que ATLAS SEGURIDAD LTDA para los años 2006, 2009, 2012, 2013, 2014 y 2015 a través de diferente otrosí modificó su remuneración salarial.

Que mediante comunicación del 1º de septiembre de 2015, ATLAS SEGURIDAD LTDA después de 13 años ininterrumpidos de servicios a BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. finalizó su contrato de trabajo argumentando la culminación de la obra o labor determinada, lo que conllevó a que el 23 de septiembre de 2015 le fuese cancelada la suma de \$2.407.160 por concepto de liquidación final del vínculo contractual.

Al unísono, adujo que el 25 de septiembre de 2015 suscribió nuevo contrato de trabajo por obra o labor contratada con la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA, vínculo que tuvo como finalidad la contratación para guardas o vigilantes, escoltas, supervisores u operadores de medios tecnológicos para el servicio de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.

Mencionó que, a la terminación del primer contrato de trabajo, se encontraba percibiendo un salario base de \$933.933, mientras que con el segundo contrato de trabajo se determinó un salario básico para el 25 de septiembre de 2015 equivalente a \$644.350.

Que mediante comunicación de fecha 25 de enero de 2016 ATLAS SEGURIDAD LTDA le comunicó la terminación unilateral del segundo contrato de trabajo, invocando como justa causa el no haberse presentado a laborar el 12 de enero de 2016 en las instalaciones de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., situación contraria a la realidad como quiera que si asistió a sus labores en esa fecha.

Expuso que durante los últimos 4 años de labores hasta el 1º de septiembre de 2015, operó como conductor escolta del vehículo campero de placas RCN 648 de propiedad de BRITISH AMERICAN TOBACCO SOUTH AMER LIMITED, vehículo que por demás se encontraba al servicio de diferentes funcionarios y/o familiares de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., de allí que



nunca asumiera ningún gasto por concepto de rodamiento, así como que en los últimos 4 meses del segundo contrato, operó como escolta de los vehículos en los que se transportaban bienes de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., diligenciando una planilla diaria de control de ruta donde se registraba tanto el inicio como la finalización de sus actividades, firmando a su vez el libro de control de armamento.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

ATLAS SEGURIDAD LTDA aceptó los contratos de trabajos que suscribiera con el demandante.

En lo que atañe a los emolumentos perseguidos por el actor como constitución de salario, arguyó que de común acuerdo se pactó la exclusión de los beneficios ocasionales o auxilios con los clientes como de naturaleza salarial, situación que se llevó a cabo a través de otrosí, máxime si se tiene en cuenta que los conceptos aludidos no se destinan para remunerar la prestación del servicio del trabajador o para incrementar su patrimonio, sino que tienen una destinación específica.

En lo que atañe al primer contrato de trabajo celebrado con el demandante, refirió que en uso de la facultad legal consagrada en el artículo 61 del C.S.T., la compañía cliente BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. informó mediante correo electrónico que ya no requería de los servicios de escolta conductor motorizado, por lo que atendiendo la cláusula quinta del contrato de trabajo atinente a que el vínculo se encontraba supeditado a la obra o labor contratada, fue por lo que finiquitó el mismo. Adicionalmente, señaló no ser cierto que el actor prestara sus servicios a BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., sino que se prestaban en las instalaciones de la empresa cliente única y exclusivamente en cumplimiento del objeto del contrato de prestación de servicios de vigilancia y protección, sin que BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. tenga responsabilidad alguna como así lo pretende ver el actor.



Que se le contrató por segunda ocasión al demandante ya no para desempeñar las funciones de escolta conductor motorizado especial, sino para desempeñar otras acordes con el servicio de escolta, todo en cumplimiento del contrato de prestación de servicios de vigilancia y protección que se tenía con la empresa cliente BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., contrato último que finalizó el 25 de enero de 2016 luego de agotar el debido proceso y tener por probados los incumplimientos en que incurrió el trabajador al ausentarse de su puesto de trabajo.

Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin causa del demandante, compensación, de la solución de continuidad de los contratos suscritos por el actor, prescripción y la genérica.

BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. mencionó en su contestación que con el demandante jamás existió una relación laboral ni de ninguna índole de la cual se puedan solicitar emolumentos derivados de un contrato de trabajo.

Asimismo, indicó que con ATLAS SEGURIDAD LTDA. existió una serie de contratos comerciales por medio de los cuales esta última se obligó a prestar los servicios de vigilancia, actividad que desarrolló con plena autonomía e independencia, sin injerencia alguna.

Que sumado a lo anterior, ni siquiera se podría entrar a responder a título de solidaridad respecto de algún rubro, por cuanto la actividad que desarrolla la empresa contratista en el marco de los acuerdos comerciales se circunscribe a la prestación de los servicios de vigilancia, actividad diametralmente opuesta a la que como empresa desarrolla, la cual por demás gravita en torno a la producción y comercialización de tabaco, de allí que no se cumplan con los preceptos contenidos en el artículo 34 del C.S.T.



Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación por pasiva y prescripción.

A su vez, formuló llamamiento en garantía respecto de las sociedades COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZAS S.A., SEGUROS DEL ESTADO S.A. Y MAPFRE SEGUROS DE CRÉDITO S.A., bajo el entendido que con dichas aseguradoras se celebraron contratos de seguros para el cubrimiento de riesgos relacionados con condenas de pagos salariales, acreencias laborales, indemnizaciones e indemnizaciones.

Por tal razón, la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZAS S.A. mencionó la existencia de la póliza No. 03CU069734 para el amparo del cumplimiento de las obligaciones con el contratista, entre ellas las labores frente a sus empleados directos.

Impetró las excepciones de inexistencia de despido injusto, improcedencia de la sanción moratoria pretendida, inexistencia de relación laboral entre el demandante y BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., ausencia de solidaridad laboral entre BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. y ATLAS SEGURIDAD LTDA, ausencia de cobertura temporal de la póliza de cumplimiento, no cobertura de indemnizaciones moratorias ni de los intereses moratorios consagrados en el artículo 65 del C.S.T., cobertura exclusiva para la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa consagrada en el artículo 64 del C.S.T., exclusión de las prestaciones consagradas en convenciones colectivas y extralegales, no cobertura de vacaciones y la de prescripción de las acreencias laborales.

La aseguradora SEGUROS DEL ESTADO expuso que no participó en la presunta relación laboral que se pretende acreditar y no tiene conocimiento del desarrollo de la misma.

Adujo que ATLAS SEGURIDAD LTDA. como tomador / asegurado suscribió la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 45-45-101021915 con



vigencia comprendida entre el 1º de agosto de 2012 y el 31 de agosto de 2016, con el fin de garantizar las obligaciones surgidas en el contrato de prestación de servicios como proveedor no exclusivo, de vigilancia y seguridad privada en las instalaciones físicas de PROTABACO, otorgando los amparos de cumplimiento, salarios y prestaciones sociales en la cual BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. actúa como aseguradora beneficiaria.

Propuso las excepciones de imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe como fundamento de las sanciones laborales, inexistencia del perjuicio indemnizable a la luz del contrato de seguros contenido en la póliza, ineficacia del término legal y judicial para la vinculación del llamado en garantía, ausencia de 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 BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., cobertura exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguro de cumplimiento particular, imposibilidad de afectar de la póliza de cumplimiento particular por las conductas contempladas en el artículo 65 del C.S.T. y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ausencia de responsabilidad de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad, inexistencia de la obligación si se declara relación laboral directa entre BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S. y el demandante, compensación, límite de la responsabilidad y la genérica.

La aseguradora MAPFRE SEGUROS DE CRÉDITO S.A. arguyó ser cierta la existencia de la póliza de cumplimiento que se expidiera para amparar el cumplimiento de las obligaciones del contratista ATLAS SEGURIDAD LTDA, entre ellas las labores frente a sus empleados directos.

Instauró las excepciones de inexistencia de la obligación entre el demandante y BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., inexistencia de la solidaridad laboral entre BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S y ATLAS SEGURIDAD LTDA, inexistencia del despido injusto, inexistencia de vigencia de la garantía para el amparo de salarios, prestaciones sociales y otras



prestaciones consagradas en convenciones legales y extralegales y la prescripción de las acreencias pretendidas.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de mayo de 2023 declaró la existencia de dos contratos de trabajo entre el demandante y la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA., el primero comprendido entre el 1º de marzo de 2002 y el 1º de septiembre de 2015 y, el segundo, comprendido entre el 25 de septiembre de 2015 y el 25 de enero de 2016.

Igualmente, absolvió de todas y cada una de las pretensiones de la demanda incoadas en contra de las demandadas, declarando probada la excepción de inexistencia de las obligaciones.

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA. no negó la existencia del extremo inicial de la relación laboral, esto es, el 1º de marzo de 2002; sin embargo, entre las partes surge controversia sobre la continuidad del vínculo laboral hasta la terminación del contrato de trabajo, al igual que, en la demanda no se cuestionan las circunstancias que rodearon el finiquito laboral y que inicialmente tuvo duración hasta el 1º de septiembre de 2015, sino las que mediaron en la finalización del segundo contrato que lo fue el día 25 de enero de 2016, de allí que se solicite la declaración de un único contrato de trabajo entre el 1º de marzo de 2002 y el 25 de enero de 2016.

Seguidamente, adujo que no yace prueba que advierta que el demandante laboró por el periodo comprendido entre el 1º y el 25 de septiembre de 2015; por el contrario, la situación que subsiste es que en efecto el actor retornó al servicio de ATLAS SEGURIDAD LTDA. a partir del 25 de septiembre de 2015, sin que existan razones que permitan declarar la continuidad del vínculo laboral, en la medida que la interrupción de 25 días resulta considerable para concluir que en el asunto de marras se logra desvirtuar la unidad contractual

en la manera en que se solicita; circunstancia por la cual, concluyó la existencia de dos contratos de trabajo.

En lo que respecta a la pretensión encaminada a que el despido se produjo sin justa causa o no, coligió que la parte quien finaliza unilateralmente la relación laboral debe manifestar al momento de la extinción la causal en la que se fundamenta la decisión, sin que posteriormente pueda alegarse una distinta, presupuesto al que la encartada dio cumplimiento, sin que por parte del demandante se alegue la falta de notificación del contenido de la decisión de su empleador, y menos sobre la falta de inmediatez ante la presunta comisión de faltas endilgadas y la carta del despido.

Adicionalmente, refirió que la conducta endilgada al demandante giró en torno al ausentismo de su jornada laboral, situación que se encontraba regulada en el Reglamento Interno de Trabajo, en concordancia con el literal d) del artículo 51 del C.S.T. y conjuntamente con el numeral 6º del artículo 62 de la misma disposición normativa.

Por ello, adujo ser claro que las labores ejercidas por el demandante relacionadas con actividades y acompañamiento de seguridad como escolta, comprometen un alto grado de responsabilidad ya que la empresa beneficiaria o usuaria como es el caso de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S., delegó en la empresa ATLAS SEGURIDAD LTDA la salvaguarda de sus intereses, por lo que la falta del demandante alteró el cumplimiento de lo pactado comercialmente, incluyendo las labores programadas por la empresa cliente al no contar con la seguridad necesaria para llevar a cabo sus compromisos, más aún que teniendo en cuenta las responsabilidades del actor, sin justificación atendible aceptó que faltó a su puesto de trabajo el día 12 de enero de 2016 sin ninguna autorización como así se consignó en el acta de descargos, aspecto que no se asemeja a situaciones de grave calamidad que justificaran su ausentismo, absolviendo así sobre esta súplica.

En lo que atañe al reconocimiento de horas extras, expuso que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en



concordancia con el artículo 167 del C.G.P., el actor no probó ningún rubro objeto de pago sobre este concepto, lo que conllevó a su absolución inclusive al reajuste de las prestaciones sociales por la misma razón.

Frente a la incidencia salarial del auxilio de rodamiento y transporte, de conformidad con el artículo 128 del C.S.T., allí se determinan aquellos conceptos que no constituyen salario, al igual que el Órgano de cierre, ha establecido que los pactos o acuerdos de exclusión salarial sí son posibles en la medida que no contraríen el concepto vital de salario, puesto que no pueden ser utilizados para camuflar pagos que retribuyan directamente el servicio prestado por el trabajador.

Por ello, coligió que en el *sub-examine* se logró probar que los auxilios de rodamiento y de transporte quedaron plasmados en los distintos otrosíes del contrato de trabajo que finalizó el 1º de septiembre de 2015, sin que sea posible darles connotación a los mismos como parte del salario realmente percibido por el actor, más aún si en gracia de discusión dentro del plenario brilla por su ausencia las constancias de los diferentes pagos salariales que eventualmente permitieran advertir la forma en que se llevaban a cabo, talante por el que absolvió de las demás pretensiones de la demanda, incluyendo el análisis de la solidaridad de BRITISH AMERICAN TOBACCO COLOMBIA S.A.S.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló solicitando la revocatoria integral de la sentencia de primera instancia. Argumentó que en lo concerniente a la estructura inventada por la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA. para el pago salarial, es importante tener en cuenta que se efectuaron algunos reconocimientos que no correspondían a ninguna obligación o gasto específico como por ejemplo los gastos de rodamiento.

En segundo lugar, expuso que el reconocimiento de horas extras fijas es una figura que no contempla el C.S.T., aspecto último por el que dicha figura no era

nada más que un reconocimiento adicional al trabajo, por lo que a la luz del artículo 127 del C.S.T., constituyen plenamente factor salarial.

De otro lado, mencionó que, en cuanto a la finalización del contrato de trabajo suscrito, quedó plenamente demostrado en el proceso que para dicha data sí se laboró, por lo que procede la indemnización por despido sin justa causa.

Arguyó que en lo que concierne a la suscripción de los dos contratos de trabajo, lo que constituyó esa situación fue una vulneración de los derechos laborales como trabajador, como quiera que las funciones desarrolladas en todo momento fueron las mismas, pero entre uno y otro contrato es evidente la disminución salarial ocasionada.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta los puntos de reproche apelables por la parte demandante y, por metodología en la resolución del presente asunto, la Sala abordará los siguientes problemas jurídicos.

\_ Determinar si los contratos de trabajo suscritos entre el demandante señor MILSON NÚÑEZ y la demandada SEGURIDAD ATLAS LTDA, constituye una única relación laboral.

\_ Auscultar si goza de prosperidad el reconocimiento del pago de horas extras y trabajo suplementario perseguido por el demandante.

\_ Apreciar si constituye factor salarial el pago por concepto de horas extras fijas, auxilio adicional para medios de transporte, rodamiento y tiempo suplementario. De salir avante lo anterior, se analizará acerca de la procedencia de la reliquidación salarial estimada por el actor, junto con la sanción por la no consignación de las cesantías según lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T.

\_ En últimas, se analizará la indemnización de que trata el artículo 64 del 64 del C.S.T.

**c. Del caso en concreto:**

Previo al análisis del asunto *sub-examine*, pertinente resulta poner de presente que según lo advertido en primer grado, no fue objeto de reproche que entre el demandante señor MILSON NÚÑEZ y la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA se suscribieron dos contratos de trabajo por obra o labor contratada, el primero de ellos comprendido entre el 1º de marzo de 2002 y el 1º de septiembre de 2015, el cual finalizó el 1º de septiembre de 2015 como consecuencia de una carta que le comunicara la empleadora indicando precisamente el finiquito de la obra contratada, vínculo donde el actor desempeñó el cargo de Escolta (Fls. 44 a 45, 52, 207 a 208 y 220 – PDF 01 DEMANDA).

El segundo contrato de trabajo tuvo inicio el 25 de septiembre de 2015 y finalizó el 25 de enero de 2016 a razón de que el empleador finiquitó el mismo alegando una justa causa a su favor, vínculo mediante el cual también el demandante desempeñó el cargo de Escolta (Fls. 55 a 56, 57 a 58, 232 a 233 y 235 a 236 – PDF 01 DEMANDA).

**d. De la unidad contractual:**

Bajo esta égida, teniendo en cuenta los dos contratos de trabajo que celebraran las partes, importante resulta poner de presente lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia acerca de la - *Unidad Contractual* -, figura entendida en el hecho de que aquellas interrupciones contractuales inferiores a un mes no implican el rompimiento de un único contrato de trabajo, así se recalcó en la sentencia SL1614-2023, Radicación No. 90122 del 24 de mayo de 2023, en la que refirió:

*“Para dar respuesta al primer interrogante, la Corporación considera oportuno recordar que, para dilucidar el caso, el juez de segundo grado acudió a lo expuesto en providencias CSJ SL4816-2015 y CSJ SL981-2019, en las que esta Sala indicó que las interrupciones contractuales de corto tiempo menores a un mes no implican necesariamente una verdadera interrupción de la unidad contractual, especialmente, cuando se evidencia la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral.*

*Asimismo, que «[...] la significativa y considerable solución de continuidad impide que pueda predicarse la unicidad contractual» (CSJ SL4816-2015 y CSJ SL981-2019).*

*Precisamente, en esta última providencia, la Sala señaló:*

*En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:*

*“[...] esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos” [...]*

*Posición que ha sido reiterada también en providencias CSJ SL4816-2015, CSJ SL5595-2019, CSJ SL981-2019, y CSJ SL3616-2020.*



Más adelante el órgano de cierre señaló:

*“Con todo, la Corte no ha desconocido que, frente a supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, como sucede en el asunto, las formas jurídicas previstas por el legislador no pueden ser indebidamente utilizadas por el empleador para propósitos, como el de eludir las garantías mínimas legales establecidas a favor de los trabajadores.*

*En ese sentido, ha precisado que, a pesar de las convenciones expresamente suscritas por las partes, es deber del juez examinar si, en la materialidad, existió unicidad en el contrato de trabajo, para de allí extraer todas sus consecuencias.*

*Así, en sentencia CSJ SL814-2018 señaló que:*

*[...] ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo [...] los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, real y material, «...ya que es bien conocido que, algunos empleadores han adoptado estas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de la cesantía o bien para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo (CSJ SL15986-2014, CSJ SL806-2013, CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 37435 y CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 35902, entre otras).*

*De hecho, en la mencionada providencia la Corte explicó:*

*[...] Por ello, en conclusión, si bien las partes gozan de autonomía para suscribir contratos de trabajo a término fijo, así como para variar las condiciones de su vínculo laboral, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de irrenunciabilidad de derechos laborales, **esa novación de las condiciones del contrato de trabajo solo resulta válida si se corresponde con la realidad, es decir, si se identifica con un cambio real en el objeto del contrato o en sus condiciones y no se queda en el plano meramente formal, de manera que sirva como mera estrategia para eliminar garantías especiales para el trabajador** (Negrilla fuera del texto).*

*En tales términos, la Corporación ha adoctrinado que:*

*[...] **si hay diferencias de objeto entre el contrato que termina y el nuevo**, como aquí sucede al tratarse de cargos distintos, es válido que se finiquite debidamente uno y se firme e inicie otro, sin que necesariamente el segundo deba acordarse en las mismas condiciones de duración o de remuneración en que se firmó el anterior, ya que precisamente en este campo prima la voluntad de las partes, salvo que se alegue y demuestre que esta fue afectada por vicios del consentimiento [...] (CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 39432) (Negrilla fuera del texto).”*

En este contexto, en el *sub judice* contrario a lo definido por la operadora de instancia, atendiendo la figura de la *unidad contractual*, la misma cumplía con los presupuestos mínimos para su configuración, ya que es evidente de una parte que, entre la finalización del primer contrato de trabajo que lo fue el 1º de septiembre de 2015 y el inicio del segundo vínculo ocurrido a partir del 25 de septiembre de 2015, no existió un espacio superior a un mes.

De otro lado, el cargo para el cual se le contrató al demandante en ambas relaciones de obra o labor contratada fue el de Escolta, talante que evidencia en todo momento el desarrollo de una misma actividad, ello con independencia del hecho que el Representante Legal de la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA. hubiese expuesto en el interrogatorio de parte rendido que el actor en el primer vínculo se desempeñara como Escolta Conductor Motorizado VIP, mientras que en el segundo fuese Escolta Motorizado de carga, ya que se itera, la importancia gravitó en torno a ser Escolta.

Así las cosas, se revocará este aspecto frente a la decisión de primer grado, para en su lugar declarar que entre el señor MILSON NÚÑEZ y la persona jurídica ATLAS SEGURIDAD LTDA existió un único contrato de trabajo por obra o labor contratada sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2002 y el 25 de enero de 2016, vínculo laboral donde el actor desarrolló el cargo de Escolta.

Ahora bien, a pesar de que aprecie la Sala la disminución salarial que venía percibiendo el actor en el primer contrato suscrito con ATLAS SEGURIDAD LTDA. con relación al segundo vínculo, el cual por demás alegó el actor en su alzada, tal aspecto no puede entrar a analizarse en esta instancia como quiera que no fue solicitado con la demanda, pues el escrito demandatorio solamente se encaminó al pago de una reliquidación salarial que nada trató la disminución del salario echado de menos en la apelación por el demandante, situación que inclusive iría en contra del principio de congruencia, así se consagró en la sentencia SL2895-2023, Radicación No. 95207 del 29 de noviembre de 2023.

**e. Del reconocimiento del pago de horas extras y trabajo suplementario:**

Como ya se expuso y teniendo en cuenta lo argumentado por el demandante en el recurso de alzada, se pretende el pago de trabajo de horas extras y trabajo suplementario.

Para lo pertinente, menester es precisar que, según los postulados emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en tratándose de trabajo suplementario y en atención de la carga probatoria al tenor de lo estatuido en el artículo 167 del C.S.T., le corresponde al trabajador demostrar tales supuestos, así lo sostuvo en sentencia importante como la SL1174-2022, Radicación No. 84079 del 9 de febrero de 2022, mediante la cual resaltó:

*“Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017).”*

Tal línea se ha mantenido en la actualidad, siendo a modo de ejemplo las sentencias SL1240-2023, Radicación No. 95747 del 30 de mayo de 2023, SL807-2023, Radicación No. 95232 del 26 de abril de 2023, SL983-2023, Radicación No. 69491 del 21 de marzo de 2023, entre otras.

Así las cosas, la Sala logra colegir que durante toda la relación laboral sucedida entre el demandante y ATALS SEGURIDAD LTDA., se suscribieron sendos otrosíes fechados el 1º de marzo de 2002, 1º de abril de 2008, 1º de agosto de 2009, 1º de enero de 2013, 1º de abril de 2015 y 25 de abril de 2015 (Fls. 45, 46, 47, 48, 49, 51, 209, 210, 211, 212 – PDF 01 DEMANDA), los cuales advierten que entre las partes se acordaron por intermedio de cláusulas, montos dinerarios que constituían el concepto de horas extras fijas.

Sobre este aspecto, a pesar de que la Sala no encuentre acertado por parte de la empleadora la manera de trazar un pago a razón de horas extras y trabajo suplementario para con el trabajador, en la medida que esta figura es un derecho adquirido e intrínseco de los trabajadores a la luz de la normatividad laboral vigente, la doctrina, la jurisprudencia y los tratados internacionales, de ahí que se causen conforme a derecho dentro de los tiempos pertinentes debidamente laborados en forma suplementaria; no obstante, lo cierto es que el demandante no logró demostrar que por encima de los diferentes emolumentos pactados por concepto de *horas extras fijas*, debiera recibir suma adicional.

Lo anterior, en virtud a que las únicas planillas que se acreditaron para tal fin fechadas el 9, 17, 23 y 30 de noviembre de 2015, así como del 1º al 23 de diciembre de 2015 (Fls. 66 a 72 – PDF 01 DEMANDA), no demuestran un pago superior al que le venía cancelando la empleadora con ocasión de los distintos otrosíes suscritos a razón de *horas extras fijas*.

Además, de las declaraciones rendidas por los testimonios traídos a juicio por el actor, esto es, GUILLERMO MARTHEYN MENDOZA y GUSTAVO ORTÍZ, nada expusieron fehacientemente acerca del tiempo suplementario, ya que tan solo se limitaron a exponer que realizaban labores adicionales a la jornada laboral ordinaria, inclusive los fines de semana y en algunas ocasiones en festivos, pero sin precisar horarios y fechas exactas; circunstancia por la cual no se les puede asignar valor probatorio sobre lo perseguido por el actor, lo que conlleva a que se confirme la absolución de primer grado acerca de esta súplica.

**f. De los medios de transporte y rodamiento constitutivos de factor salarial:**

Pertinente resulta poner de presente que en lo concerniente al verdadero origen de los pagos por fuera del salario y sus efectos, se tiene que el artículo 127 del C.S.T. establece que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en

especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte; como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones.

A su vez, el artículo 128 del C.S.T. establece que no constituye salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador por concepto de prima, de bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria, así como lo que reciba en especie no para su beneficio, sino para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. También se contempla que los beneficios extralegales, aunque siendo habituales, las partes en forma expresa pactan que no constituyen salario, serán excluidos.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5159-2018, Radicación No. 68303 del 14 de noviembre de 2018, señaló:

*“CRITERIOS PARA DELIMITAR EL SALARIO*

*“Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.*

*“Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, **que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste***

***en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.***

[...]

***“LOS DENOMINADOS PACTOS NO SALARIALES***

***“El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».***

***“La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).***

***“Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.***

***“[...] Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.***

[...]

***“LAS CARGAS PROBATORIAS DE LA EMPRESA***

***“Por último, esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida.***





Tal decisión jurisprudencial emanada por el órgano de cierre, se ha venido reiterando en distintas decisiones como la SL1576-2023, Radicación No. 96599 del 5 de julio de 2023, SL1557-2023, Radicación No. 93571 del 4 de julio de 2023, SL1509-2023, Radicación No. 92079 del 27 de junio de 2023, entre otras.

En virtud de ello, como se puntualizó en líneas anteriores, en los diferentes otrosíes que suscribiera con la encartada ATLAS SEGURIDAD LTDA durante la relación laboral (Fls. 45, 46, 47, 48, 49, 51, 209, 210, 211, 212 – PDF 01 DEMANDA), fueron pactados auxilios por concepto de medios de transporte y rodamiento.

En tal sentido, la Sala puede colegir que, según lo advertido por la *a-quo*, tales emolumentos según lo acreditado en juicio, fueron objeto de entrega con ocasión del desempeño de sus funciones como escolta, y es tan así que de los testimonios recaudados, las funciones de escolta que desarrolló el actor consistían precisamente en su traslado y movilidad a distintos lugares como objeto propio de su actividad, misma esencia o connotación con la que se crearon los auxilios debatidos como así se desprende de los diferentes otrosíes que se suscribieran en el transcurrir del vínculo contractual, más aún si los clausulados de su entrega claros fueron en consignar que en ningún momento constituirían factor salarial como así lo pretende el señor MILSON NÚÑEZ.

De otra parte, no se probó en juicio por el demandante al tenor de la carga probatoria que regula el artículo 167 del C.G.P., algún aspecto que demuestre que tales rubros gozaban de una destinación ajena a las funciones de escolta que desempeñó, lo que conlleva a que se confirme la absolución de primer grado acerca de este aspecto y, a su vez a que no haya lugar de analizar lo referente a la sanción por la no consignación de las cesantías según lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 65 del C.S.T., toda vez que no existe ningún emolumento que implique la reliquidación salarial alegada.



**g. De la indemnización por despido sin justa causa dispuesta en el artículo 64 del C.S.T.:**

Valga la pena advertir que con relación a la demostración de la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tales como las sentencias SL2053-2020, Radicación No. 79903 del 17 de junio de 2020, SL1254-2020, Radicación No. 67750 del 15 de abril de 2020, SL586-2020, Radicación No. 66993 del 26 de febrero de 2020, SL4416-2021, Radicación No. 82850 del 22 de septiembre de 2021, SL4233-2021, Radicación No. 79105 del 14 de septiembre de 2021, SL999-2022, Radicación No. 88534 del 30 de marzo de 2022, entre otras, ha enfatizado que le corresponde al trabajador demostrar el despido, y al empleador la justa causa invocada para la terminación del contrato de trabajo.

Otro tópico a destacar, es que el alto Tribunal en sentencia relevante, más exactamente la sentencia SL2857-2023, Radicación No. 94307 del 23 de agosto de 2023, fue enfático en destacar las facultades con las que cuenta el Juez laboral con la finalidad de propender en equidad los condicionamientos o faltas instituidas por el empleador en los reglamentos internos, pacto o convención colectiva, contrato de trabajo, o acuerdo entre las partes, así lo sostuvo, siempre y cuando las mismas sean vagas o dudosas con relación a las propias conductas dispuestas en el C.S.T., así se refirió:

***“ii) Facultades de apreciación del juez.***

*Efectivamente, como lo afirma la censura, el citado literal a), numeral 6 del artículo 62, comprende dos hipótesis para que se configure la justa causa motivo de terminación del contrato por parte del empleador; la primera, que se trate de 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 la segunda, cualquier falta grave calificada en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos. Sobre el alcance de la primera norma en cita, esta Sala en fallo CSJ SL499-2013, reiterada en la CSJ SL2089-2020, ilustró:*

*El artículo 7, aparte a) numeral 6 del decreto 2351 de 1965 consagra dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del*

*contrato de trabajo. Una es “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”, otra es “... cualquier falta grave calificada como tal en pacto o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.*

*En cuanto al segundo aspecto contemplado por el numeral transcrito, es palmario que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquellos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que sí se califica en ellos de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato, no puede, entonces, el juez unipersonal o colegiado entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de esa falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada, sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los mencionados artículos 58 y 60 del C.S.T. Lo anterior, ha sido el criterio reiterado y uniforme de la Corte Suprema de Justicia, plasmado en múltiples fallos, tales como el del 18 de septiembre de 1973; 23 de octubre de 1979; 23 de octubre de 1987 y 16 de noviembre de 1988. [...] Lo importante es que el asalariado incurrió en una de las faltas calificadas de graves por el contrato de trabajo, sin importar si ella produjo daño o beneficio para la entidad patronal. La función judicial ha debido limitarse a establecer si los hechos demostrados constituían la causal alegada o no la configuraban, pero no le competía calificar de leve la falta cometida por el trabajador, cuando la misma estaba consagrada como de carácter grave por las partes en el referido contrato.*

*Por lo descrito, queda claro que la diferencia entre las anteriores circunstancias es que, en el primer evento, la gravedad de la conducta es calificada por el juzgador, mientras que, en el restante, la calificación ha de estar demarcada por el empleador o las partes, según sea el caso, en los reglamentos internos, pacto o convención colectiva, contrato de trabajo, o acuerdo entre las partes, de suerte que al juez le está vedado analizar la declaratoria de la gravedad o no de esa falta.*

***No empee, en situaciones en las que el empleador consigna normas que no develan con claridad las conductas en que pudiera incurrir el trabajador -genéricas, oscuras o abstractas-, o que en otras palabras, no dejan claro cuál es el incumplimiento de la obligación contractual, que genera la consecuencia analizada, de cara a la actividad productiva, a la organización del trabajo y/o al funcionamiento regular del mismo, el operador judicial deberá apreciar la gravedad de la conducta, conforme a las obligaciones y prohibiciones especiales de que tratan los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, sin perjuicio de la potestad que le asiste de formar su convencimiento con báculo en los elementos de juicio que lo persuadan mejor sobre la verdad real, acompañado de las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante el proceso.***

***Así se afirma, por cuanto admitir como falta grave aquella que se haya prevista como tal en el reglamento, sin miramiento de ninguna naturaleza, sería tanto como aceptar un tipo de responsabilidad objetiva proscrita en nuestro ordenamiento jurídico para estas materias, en las que se le priva al asalariado de su fuente de ingresos con la drástica decisión del despido, pues en función de determinar la entidad jurídica de la conducta bien por acción o por omisión del asalariado, el operador jurídico ha de constatar no solo si efectivamente el trabajador incurrió en ella, sino además, auscultar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia de los hechos, para de esa forma inferir si eventualmente existen razones que justifiquen el proceder del trabajador, o que le puedan restar la entidad jurídica de grave, atendiendo las particularidades especiales en cada caso, según la afectación que provoque la conducta.***

*Conforme a lo advertido, la Corte recoge cualquier criterio en contrario donde se haya indicado, que al juez no le es dable juzgar la gravedad de la falta, cuando esta ha sido previamente convenida por las partes, bien en el contrato de trabajo, la convención colectiva o el reglamento interno, pues al juez laboral no se le puede privar de esa función bien por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del patrono, en tanto las consecuencias que puede tener una estipulación en ese sentido, puede conllevar a la renuncia de derechos sociales, en virtud de las consecuencias jurídicas que encarna la terminación del contrato de trabajo. De ahí que siempre la gravedad de la falta deberá estar precedida de un juicio valorativo por parte del juez, en el que se avale la entidad jurídica de la conducta allí prevista como justa causa de despido, o se descalifique la misma, atendiendo las circunstancias o características particulares de cada caso.”*

Bajo esta égida, como lo sostuvo el operador de instancia, se aprecia que la prueba del finiquito contractual está demostrada, como quiera que obra dentro del plenario la carta que ATLAS SEGURIDAD LTDA. le comunicara al demandante el 25 de enero de 2016, por medio de la cual se le puso de presente lo siguiente (Fls. 57 a 58 y 235 a 236 – PDF 01 DEMANDA):

***“REF: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR JUSTA CAUSA UNA VEZ TERMINADA LA JORNADA LABORAL DE HOY 25 DE ENERO DE 2016.***

*Después de concluido el proceso disciplinario según los informes presentados por el señor **MAURICIO INFANTE** – JEFE DE ESCOLTAS, se establece lo siguiente:*

#### **HECHOS**

*El fundamento de la decisión tiene que ver con el incumplimiento de las ordenes e instrucciones dadas para la ejecución de su función como Guarda de seguridad y protección cuando fue programada para prestar sus servicios, lo cual se describe a continuación:*

*El día 12 de enero de 2016, usted estaba programado en el turno diurno para prestar su servicio de vigilancia y protección desempeñando el cargo de Escolta en British American Tobacco; sin embargo usted no se presentó a laborar estando notificado y sin estar autorizado para hacerlo.*

*Usted fue escuchado en diligencia de cargos y descargos el día 14 de enero de 2016 en donde reconoce su grave falta al no cumplir con las consignas establecidas, cláusulas de su contrato laboral y reglamento interno de la compañía, sin embargo sus argumentos para los hechos no son justificables, por tal razón la decisión tomada.*

*Visto lo anterior la empresa establece que con su conducta descrita, incumplió su contrato individual de trabajo, la normatividad establecida en el reglamento interno de trabajo y las normas laborales, dicha conducta violatoria de lo establecido contractual, reglamentaria y laboralmente, afectó de forma grave la prestación, la operatividad y la disponibilidad del servicio.*

### **CAUSALES LEGÍTIMAS INVOCADAS**

*Por lo anterior y de conformidad con:*

*\_ La Cláusula PRIMERA en sus literales a), b), e), f) y h) del contrato Individual de Trabajo.*

*\_ La Cláusula QUINTA en sus literales a), c) y p) del Contrato Individual de Trabajo.*

*\_ El artículo 56 numeral 4 del reglamento interno de trabajo.*

*\_ El artículo 56 parágrafo 1 Numeral 26.*

*\_ El artículo 61 del Reglamento Interno de Trabajo literal d).*

*\_ El artículo 62 del Reglamento Interno de Trabajo numeral 6, lo cual está en concordancia con el Decreto Ley 2351 de 1965, en su numeral 6 del literal a) del artículo 7º.*

*Dando cumplimiento al Artículo 29 de la Ley 789 de Diciembre 27 de 2002 (Nueva Reforma Laboral que modificó el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, SEGURIDAD ATLAS LTDA ha cumplido satisfactoriamente con los pagos de Seguridad Social y Parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres (3) meses anteriores a su retiro. Anexamos fotocopias.*

*Sírvase efectuar la entrega de los elementos y documentos que le fueron suministrados para desempeñar sus labores y entregar el paz y salvo para la liquidación y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho.”*

Como se denotó en precedencia, el actuar endilgado como causal del despido gravitó en torno al ausentismo respecto de un día de jornada laboral.

Al respecto, la Cláusula PRIMERA en sus literales a), b), e), f) y h) del contrato Individual de Trabajo, reseñan:

*“PRIMERA. OBJETO: EL EMPLEADOR contrata los servicios personales de EL TRABAJADOR para la prestación de servicios de seguridad y protección y éste se obliga libre y voluntariamente con EL EMPLEADOR a:*

- \_ a) A prestarle personalmente sus servicios en los lugares y bajo las prescripciones que le indique EL EMPLEADOR, desempeñando las funciones que se le asignen por parte de EL EMPLEADOR o a través de sus representantes para el adecuado desempeño del trabajo.*
- \_ b) A cumplir todas y cada una de las órdenes e instrucciones que le den por parte de EL EMPLEADOR o de su representante para la realización del servicio, las cuales EL TRABAJADOR por medio de este contrato se obliga a cumplir a cabalidad.*
- \_ e) A cumplir puntualmente con el horario de trabajo que EL EMPLEADOR o sus representantes le fijen a EL TRABAJADOR.*
- \_ f) A no descuidar en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia sus responsabilidades, deberes y obligaciones.*
- \_ h) A laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por EL EMPLEADOR, pudiendo hacer éste ajuste o cambios de horario cuando lo estime conveniente.”*

La Cláusula QUINTA en sus literales a), c) y p) del contrato establecen:

*“QUINTA: Son justas causas para dar por terminado este contrato unilateralmente, las enumeradas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 y además por parte de EL EMPLEADOR, las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves:*

- \_ a) La violación o incumplimiento por parte de EL TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales o reglamentarias, en especial las estipuladas en la CLÁUSULA PRIMERA de este contrato.*



*\_ c) No avisar a EL EMPLEADOR oportunamente antes del inicio de turno o labor cualquier impedimento que tenga EL TRABAJADOR para no presentarse al servicio.*

*\_ p) El incumplimiento o negativa de EL TRABAJADOR en relación con cualquier orden impartida por EL EMPLEADOR.”*

El artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo, numeral 4º y parágrafo 1º numeral 26, exponen:

*“ARTÍCULO 56: Se prohíbe a los trabajadores:*

*4. Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o permiso de la empresa, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar de trabajo.*

*PARÁGRAFO 1: La empresa de conformidad al objeto social y al ejercicio de la vigilancia y seguridad privada, establece las siguientes prohibiciones a los trabajadores:*

*26. No obedecer las órdenes o instrucciones de los superiores relacionados con las labores asignadas al trabajador.”*

El artículo 61 del Reglamento Interno de Trabajo regula:

*“ARTÍCULO 61: Constituyen faltas graves:*

*\_ a) El retardo hasta de quince (15) minutos en la hora de entrada al trabajo sin excusa suficiente, por quinta vez.*

*\_ b) La falta del trabajador en la mañana, en la tarde o en el turno correspondiente, sin excusa suficiente por tercera vez.*

*\_ c) La falta del trabajador a sus labores durante el día o en el turno, sin excusa suficiente, por tercera vez.*

*\_ d) Violación grave por parte del trabajador, de las obligaciones contractuales o reglamentarias.”*

El artículo 62 del Reglamento Interno de Trabajo en su numeral 6:

*“ARTÍCULO 62: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo las indicadas en el artículo 7º del DL. 2351 de 1965 a saber:*

*6. Cualquier violación grave de las obligaciones y 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 pacto o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o en el presente reglamento.”*

La demandada acreditó al juicio que previo al despido realizado al demandante, le practicó diligencia de descargos el 14 de enero de 2016, por medio de la cual aceptó su ausentismo a su jornada laboral por cuanto tenía una entrevista de trabajo con un empleador ajeno a ATLAS SEGURIDAD LTDA. (Fls. 224 a 227 – PDF 01 DEMANDA), misma situación confesada en el interrogatorio de parte a él practicado.

Así las cosas, puede colegirse que el finiquito laboral ejercido por ATLAS SEGURIDAD LTDA. frente al demandante, al tenor de los preceptos jurisprudenciales emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se encuentran desproporcionados en lo que atañe a las conductas indebidas o ambiguas por parte del empleador dentro del contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo.

Nótese que la falta de aviso y el incumplimiento de labores del trabajador, actuar que se itera fue confesado por el propio demandante tanto en la diligencia de descargos que le llevara a cabo el empleador como en el interrogatorio de parte rendido en juicio, se encuentran regulados en el reglamento interno de trabajo como obligaciones y prohibiciones graves que conllevan la consecuencia del despido, situación que se equipara con las normas propias del C.S.T., más exactamente lo preceptuado en el artículo 62, numeral 6º *“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”*.

Al unísono, el artículo 58 del C.S.T. determina en su numeral 1º como obligación especial del trabajador *“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”; a su vez, el numeral 4º del artículo 60 de la misma disposición normativa, estima como prohibición del trabajador “Faltar al trabajo sin justa causa de impedimento o sin permiso del {empleador}, excepto en los casos de huelga, en los cuales deben abandonar el lugar del trabajo”.*

Por tal razón, al encontrarse probado por parte del demandante señor MILSON NÚÑEZ la obligación grave de obligaciones y prohibiciones especiales según lo expuesto, no queda más que confirmar la absolución de primer sobre este aspecto.

Pen últimas, se pone de presente que no se analizará la solidaridad pretendida por el actor en el escrito demandatorio, ya que nada se arguyó en el recurso de apelación.

**SIN COSTAS** en esta instancia como quiera que el recurso de apelación prosperó parcialmente.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que, en atención de la figura de la *Unidad Contractual*, **DECLARAR** que entre el aquí demandante señor MILSON NÚÑEZ y la demandada ATLAS SEGURIDAD LTDA, existió un único contrato de trabajo por obra o labor contratada sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2002 y el



25 de enero de 2016, vínculo laboral donde el actor desarrolló el cargo de Escolta, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                    1100131050 29 2021 00298 01  
Demandantes:                    LINA MARIA SAAVEDRA RESTREPO  
Demandados:                    BOTANIKI FARMS S.A.S.  
                                              BOTANIKI LAB S.A.S.  
**Magistrado Ponente:        DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandante y demandada, en contra de la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora LINA MARÍA SAAVEDRA RESTREPO formuló demanda ordinaria laboral en contra de las sociedades BOTANIKI FARMS S.A.S. y BOTANIKI LAB S.A.S., a fin que se declare que con las referidas accionadas, existieron dos contratos de trabajo



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

con vigencia entre el 1º de octubre de 2019 y el 26 de septiembre de 2020, los que terminaron por causa imputable a las empleadoras.

En consecuencia, se las condene al pago de salarios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios e indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., respecto de cada uno de los contratos de trabajo.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones refiere que el 1º de octubre de 2019 suscribió contratos de trabajo con las sociedades BOTANIKI FARMS S.A.S. y BOTANIKI LAB S.A.S., representadas por el señor ANDRÉS URIBE CAJIO; que los contratos se suscribieron a término indefinido para desempeñar el cargo de directora de Recursos Humanos; relata que el salario pactado ascendió a \$3.180.000 en cada uno de los contratos, monto que se mantuvo constante durante los últimos tres meses de la relación contractual.

Que los contratos de trabajo tuvieron vigencia por el término de 11 meses, hasta que con fecha 26 de septiembre de 2020, presentó renuncia justificada, teniendo en cuenta la falta de pago de los salarios, aportes tardíos al sistema de seguridad social, lo que condujo a inconvenientes con la EPS y falta de cobertura en ARL, y demás prestaciones sociales.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Finalmente, que citó a la accionadas a una audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo y que a la fecha se adeudan las acreencias laborales deprecadas.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

Las sociedades BOTANIKI FARMS S.A.S. y BOTANIKI LAB S.A.S., de manera conjunta contestaron la demanda, señalando que la accionante suscribió un contrato de trabajo con la compañía BOTANIKI FARMS S.A.S. y otro con la compañía BOTANIKI LAB S.A.S., siendo cierto el salario, el cargo desempeñado y los extremos laborales.

De otra parte, que los contratos de trabajo finiquitaron por cuanto la demandante manifestó su renuncia, además por cuanto tenía una mejor oportunidad laboral; finalmente que le fueron canceladas en su integridad las acreencias laborales.

Formularon y sustentaron las excepciones de mérito de extinción de la obligación por pago total, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, imprevisión por fuerza mayor o caso fortuito, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, temeridad y mala fe.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 26 de mayo de 2023, declaró con respecto a la sociedad BOTANIKI FARMS S.A.S. que existió como medio vinculante con la demandante un contrato de trabajo con



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

vigencia entre el 1º de octubre de 2019 y el 30 de septiembre de 2020, devengando como salario la suma \$3.180.000 en el cargo de directora de Recursos Humanos, condenándola al pago de \$2.798.600 por concepto de salarios de la segunda quincena de agosto de 2020 y la primera quincena de septiembre de 2020; \$803.333 por concepto de prima de servicios proporcional del año 2019, sumas que deben ser indexadas; \$3.180.000 por concepto de indemnización por despido indirecto; y \$13.780.000 por concepto de indemnización moratoria.

Con respecto de la sociedad BOTANIKI LAB S.A.S. que existió un contrato de trabajo por el periodo comprendido del 1º de octubre de 2019 y el 30 de septiembre de 2020, devengando como salario la suma \$3.180.000 en el cargo de directora de Recursos Humanos; condenándola al pago de \$2.798.600 por concepto de salario de la quincena de agosto de 2020 y prima de servicios del año 2019, suma que debe ser indexada; \$3.180.000 por concepto de indemnización por despido indirecto; y \$13.780.000 por concepto de indemnización moratoria.

Para tal efecto señaló inicialmente, que no existe discusión frente a la existencia de los contratos de trabajo suscritos entre la demandante y las sociedades BOTANIKI FARMS S.A.S. y BOTANIKI LAB S.A.S., con vigencia entre el 1º de octubre de 2019 y el 30 de septiembre de 2020, según la liquidación definitiva de prestaciones sociales; así mismo que la asignación mensual ascendía en cada contrato a \$3.180.000.

En lo atinente a las acreencias que se alegan se encontraban insolutas, señaló que respecto de BOTANIKI FARM S.A.S., se acreditó el pago de la primera quincena de julio por valor de \$1.398.000 y de la segunda quincena en \$1.928.800, así como de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

la primera quincena de agosto en monto de \$1.398.800 y la segunda quincena de septiembre en \$1.398.000, sin que se reporte pago de la segunda quincena de agosto ni de la primera quincena de septiembre, las que adeuda la empleadora.

Respecto de las cesantías, señaló que se aportó el pago de las causadas en los años 2019 y 2020 por valor de \$3.180.000, así como intereses a las cesantías en valor de \$381.600; así mismo la prima de servicios de enero a septiembre de 2020 por valor de \$2.385.000 y vacaciones de 2019 a 2020 en valor de \$1.590.000, por lo cual adeuda la prima de servicios de octubre a diciembre de 2019.

En lo relativo a la sociedad BOTANIKI LAB S.A.S., se acreditó el pago de la primera y segunda de abril, mayo, junio, julio y septiembre por valor de \$1.398.000, cada una de ellas, así como la primera quincena de septiembre, sin que se acredite el pago de la primera y segunda quincena de agosto, las que adeuda la empleadora.

Así mismo que se allegó un comprobante de egreso por valor total \$6.662.500, de la cual la suma de \$1.398.000 se refiere como destinado a la demandante, pese a ello, no se acreditó que la suma en efecto haya ingresado en la cuenta de la actora ni se confesó su recibo por activa.

Frente al pago de prestaciones sociales que se pagaron por cesantías del periodo 2019 a 2020 la suma de \$3.180.000, por intereses a las cesantías el monto de \$381.600, por prima de servicios de 2019 a 2020 la suma de \$2.385.000 y vacaciones de 2019 a 2020 en monto de \$1.590.000, de lo cual se extrae que solo se adeuda por prima servicios de 2019 la suma de \$803.320, sin embargo se advirtió la existencia de dos pagos por prima de servicios de junio por valor de





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

\$1.590.000 y \$590.000, por ende por salarios y prima de servicios se debe solucionar la suma global de \$2.879.733.

Así mismo, que se pagaron los aportes al sistema de seguridad social y dicho aspecto no fue objeto de la renuncia motivada; frente al despido indirecto, estimó que se acreditó la justa causa imputable al empleador que alegara la trabajadora, en tanto no solucionó las acreencias laborales antes expuestas, por lo cual emitió condena respecto de dicha pretensión.

De igual manera, emitió condena al pago de la indemnización moratoria al no haberse acreditado un actuar de buena fe por parte del empleador, en tanto se argumentó que la mora obedeció a la pandemia y al estimar el haberse solucionado la totalidad de lo adeudado, lo cual no se desprende de las acreencias insolutas, las cuales datan antes de la COVID19, por lo cual emitió condena, la que se cuantificó hasta la fecha en que la empresa realizó los pagos que creyó adeudar, esto es, el 10 de febrero de 2021.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

La parte demandante sustentó la alzada señalando que la empleadora si bien descontó del salario los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, tales emolumentos no fueron trasladados al fondo de pensiones. Por lo cual deprecia, que se revoque la absolución de dicha pretensión.

Las accionadas sustentan la apelación en lo atinente a la condena de la indemnización moratoria. Frente a la motivación de la misma, señaló que no



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

procede de manera automática, en tanto se debe evidenciar un actuar de mala fe, lo cual no aconteció en el presente evento, en tanto se verificó un hecho imprevisible en atención de la pandemia, aunado a ello que las empresas estaban en una etapa preoperativa, en la cual no facturaban servicios; así mismo, en los hechos de la demanda se enunció que las empleadoras asistieron a una audiencia de conciliación y las obligaciones se cumplieron con anterioridad a la presentación de la demanda, ello una vez las empresas obtuvieron recursos económicos, esto es, para el año 2021.

Finalmente, que antes del mes de febrero de 2021, las empresas realizaron pagos, por lo cual no debe liquidarse la sanción hasta la fecha mencionada, sino atendiendo a los pagos realizados.

En cuanto a las primas de servicios del año 2019 que en la liquidación se advierte que si fueron canceladas, e incluso la demandante no solicitó el pago de la prima de servicios del segundo semestre de 2019, siendo ese el motivo por el cual la empresa no se pronunció sobre ese tópico, condena que implica un enriquecimiento sin causa, máxime que la demandante refiere en la carta de renuncia que se adeudan conceptos distintos de dicha prima.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **4.1 Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes en la etapa de alegaciones.

#### **4.2 Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala auscultará (i) si se adeudan aportes al sistema general de seguridad; (ii) así mismo, si la prima del segundo semestre de 2019 no era objeto del litigio, y en caso afirmativo si se acreditó su pago; (iii) finalmente, si se debe revocar la indemnización moratoria o en su defecto, modificar su cuantificación.

#### **4.3 Contratos de trabajo:**

Inicialmente debe acotarse que no fue objeto de discusión la existencia de los contratos de trabajo que como medio vinculante ató a las partes. Así, al demandante se vinculó a las sociedades BOTANIKI FARMS S.A.S. y BOTANIKI LAB S.A.S. entre el 1º de octubre de 2019 y el 30 de septiembre de 2020, a fin de desempeñarse como directora de Recursos Humanos, devengando un salario de \$3.180.000.

#### **4.4 Aportes al sistema general de seguridad social:**

Respecto del pago de aportes pensionales, debe referirse que, por activa en el supuesto fáctico de la demanda, se limitó a referir en el hecho quinto, que *“La señora LINA MARÍA SAAVEDRA RESTREPO, presentó renuncia justificada, teniendo en cuenta la falta de pago de los salarios, seguridad social y demás prestaciones sociales a que tenía derecho como empleada”*; y en el hecho octavo que *“hasta la*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*fecha no sean cancelado las prestaciones sociales y salarios adeudados por las empresas BOTANIK FARMS S.A.S. – BOTANIK S.A.S.”.*

De tal manera, que no se hizo alusión al no pago de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, e incluso en el hecho quinto solo se remite a la misiva de renuncia motivada, las cuales sobre tal aspecto refieren, respecto de BOTANIKI FARMS S.A.S., que *“Tampoco se han pagado a tiempo los pagos de seguridad social, los cuales han sido pagados fuera de los tiempos establecidos generando inconvenientes en la atención de la EPS”* (Fls. 25 y 26 archivo digital 01Demanda.pdf); y con relación a BOTANIKI LAB S.A.S. que *“Nunca se han pagado la seguridad social desde mi ingreso, generando inconvenientes en la atención de la EPS, ningún cubrimiento de la ARL”.*

En ese orden de ideas, no se hizo mención en los hechos de la demanda al incumplimiento patronal en el pago de aportes a pensión y además en el hecho quinto, en el cual se refiere a los aportes, se remite a las misivas de renuncia, las cuales, como viene de verse, solo se refieren al pago tardío de aportes a salud y a no tener cobertura por parte de una ARL, motivo que impide emitir condena por un aspecto no debatido en el proceso sin vulnerar el derecho al debido proceso de la parte demandada.

Aunado a lo anterior, en las pretensiones de la demanda no se depreca el pago de aportes con destino al fondo de pensiones, sino solo al pago de salarios, prima de servicios, vacaciones e indemnizaciones.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Nótese que el hecho alegado en el recurso de apelación, atinente a que las empresas descontaban el valor de los aportes mas no lo trasladaban al fondo de pensiones, se constituye en una postura nueva, frente a la cual la parte demandada no tuvo la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, ello en tanto no fue así narrado en la demanda.

Por el contrario, lo que se adujo en la demanda, que a su vez se remite a la renuncia, es el pago tardío de aportes a salud y el no tener cobertura por parte de la ARL, lo cual no permite emitir condena alguna respecto del pago de aportes pensionales. Incluso, en la fijación del litigio establecida en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. se señaló que *“El litigio gira entorno a establecer si existieron dos contratos de trabajo, si la renuncia de la trabajadora se dio por causas imputables al empleador; si se le adeuda la liquidación de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones solicitadas”*, sin hacer referencia alguna al descuento salarial sin el traslado de aportes pensionales, motivo que impele a confirmar la absolución de primer grado.

#### **4.5 Prima de servicios del segundo semestre de 2019:**

El artículo 306 del C.S.T. consagra que *“El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado”*.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, aduce la parte recurrente que la prima de servicio del primer semestre del año 2019 no solo no fue objeto de debate, sino que fue debidamente solucionada.

Sobre el particular, se debe referir que, en el hecho quinto de la demanda, se hace mención a la misiva de renuncia, entre otros aspectos, por el no pago de prima de servicios, así mismo en la pretensión sexta se señala que *“la empresa demandada debe pagar [...] la suma de dos millones setecientos mil pesos por concepto de prima de servicios, correspondientes a los 11 meses laborados”*.

Así las cosas, por activa si se especificó en las pretensiones que la prima deprecada corresponde a los 11 meses laborados, esto es, a la totalidad del contrato de trabajo, por ende, la *a-quo* estaba plenamente facultada para abordar el pago de la prima de servicios del segundo semestre del año 2019.

De otra parte, si bien en las renunciaciones, hace mención a que *“No se ha generado el pago de la prima de mitad de año”*, dicho aspecto no impide que en la demanda se deprequen otras acreencias laborales que se estimen insolutas.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que la parte recurrente aduce que el pago se acredita con la liquidación, la cual milita a folio 11 de la contestación de la demanda respecto de BOTANIKI FARMS S.A.S.; no obstante, de la revisión de dicho documental, se tiene que de manera expresa se otorga un pago por 270 días laborales, esto es indicativo que se solucionó la prima de servicios por el período comprendido entre el 1º de enero de 2020 y el 30 de septiembre de 2020, asistiéndole razón a la *a-quo* en tanto concluyó que no se avizora el pago de la



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

proporción del segundo semestre de año 2019, esto es, del 1º de octubre de 2019 al 31 de diciembre de dicha anualidad.

Igual corolario se desprende de la sociedad BOTANIKI LAB S.A.S., en tanto la liquidación que obra a folio 17 de la contestación de la demanda, en idéntica manera liquida la prima de servicios por 270 días. En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de primer grado en este puntual aspecto, más aún cuando se imputaron todos los pagos que se acreditaron por concepto de prima de servicios.

#### **4.5 Indemnización moratoria:**

Al respecto, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, este tipo de indemnización no es de aplicación automática, sino que su imposición opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, situación que implica a su vez que cada caso deba analizarse en forma particular, sentencias SL3356-2022, Radicación No. 91692 del 16 de agosto de 2022, SL1595-2020, Radicación No. 70531 del 21 de abril de 2020, SL5040-2019, Radicación No. 70909 del 6 de diciembre de 2019, entre otras.

Ahora bien, aduce el recurrente que la empresa para la fecha de culminación se encontraba en fase preoperativa, así como atravesando dificultades económicas imprevisibles y por fuerza mayor, provenientes de la pandemia de la COVID19.





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Sobre el particular, como lo asentó el fallador de instancia, palmario resulta que el alegarse un déficit financiero por parte del empleador no constituye *per se* la buena fe a su favor. Para lo pertinente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3159-2019, Radicación No. 62666 del 6 de agosto de 2019, sostuvo:

*“En el caso debatido surge que los argumentos que destacó el ad quem para no imponer la sanción moratoria se circunscribieron a la crisis económica que afectó a la empresa y que le impidió satisfacer las acreencias laborales, pero esa razón en modo alguno puede constituirse en fundamento para predicar la buena fe en la actuación de la demandada, la cual, por virtud de lo convenido con sus trabajadoras, aquí recurrentes, estaba obligada a cumplir con lo pactado y, en todo caso, a actuar diligentemente en procura de la satisfacción de tales créditos que devienen vitales para ellas, a quienes no les puede ser oponible la mera razón de tales problemas económicos internos, y no pueden ver afectadas sus garantías laborales por ello, menos cuando el artículo 28 del CST impone que «[...] el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su patrono pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas», de forma que, siendo lo único que predicó para exonerarse de la sanción, no resulta atendible desde la órbita del derecho del trabajo, tal como por demás, ya se ha dicho por esta corte en la sentencia CSJ SL912-2013.”*

Por tal razón, claro es que dentro del plenario además de alegarse una crisis económica como motivo de la falta de pago de los derechos laborales del demandante, no existe prueba adicional que enrostre alguna conducta justificativa en favor del empleador para que se le deje de imponer este tipo de sanciones, más aún cuando era consciente de las sumas adeudadas a la trabajadora, las cuales solucionó parcialmente con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo.

En igual sentido, si bien no se desconocen los efectos de la pandemia de la COVID19, se tiene que por pasiva no se aportó prueba alguna que acredite que su



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

objeto social se haya visto suspendido o truncado, pues se limitó a referir tal aspecto si aportar prueba alguna que lo corroborara, más aún cuando, como se concluyó en precedencia, las acreencias laborales se adeudaban desde antes de tal acontecimiento.

De otra parte, *a contrario sensu* de lo alegado por pasiva, no se advierte que se haya arribado a un acuerdo conciliatorio que sea indicativo de un actuar de buena fe, en tanto se aportó la constancia del 10 de diciembre de 2020 por el Ministerio del Trabajo, Inspección de Trabajo y Seguridad Social RCC1, en la que se indica que *“la empresa CONVOCADA no concurrió por medio de su representante legal, ni por medio de apoderado judicial, así mismo, tampoco justificó su inasistencia”*.

De tal manera, que estima la Sala le asistió razón a la *a-quo* al emitir condena por concepto de indemnización moratoria, en tanto no es dable que el trabajador soporte las eventualidades económicas de la empresa, mismas que además solo fueron objeto de manifestación si allegar soporte probatorio alguno.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que se liquidó la indemnización moratoria hasta el 21 de febrero de 2021, ello en tanto en tal fecha se solucionó el monto dinerario que se estimaba se adeudada, por valor de \$7.536.600.

Por pasiva se aduce frente a dicha determinación, que las empresas realizaron pagos con anterioridad a dicha data y que en todo caso tal pago no corresponde a las dos accionadas. Sobre el particular, se debe señalar que la decisión de primera instancia se ajusta a derecho, por cuanto es hasta el último pago que la empresa denota la convicción alegada de no adeudar sumas de dinero, más aún cuando para



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

el 10 de febrero de 2021 se solucionó una suma de dinero considerablemente mayor que las consignaciones realizadas con anterioridad, lo cual permite entrever que con anterioridad a dicha data, las empresas eran plenamente conscientes de las prestaciones sociales insolutas.

De otra parte, las dos empresas consignaron en la misma fecha la suma de \$7.536.000. Así se advierte de la consignación del 10 de febrero de 2021 de la sociedad BOTANIKI FAMRS S.A.S. (Fl. 12 archivo digital 08ContestacionBotanikiFarmsSAS20220210.pdf), así como de la consignación de la misma data de BOTANIKI LAB S.A.S. (Fl. 18 archivo digital 08ContestacionBotanikiFarmsSAS20220210.pdf).

Así las cosas, las condenas impuestas en primera instancia se mantendrán incólume, lo que a su vez conlleva a que la decisión de primera instancia sea confirmada en su integridad. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

## **RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

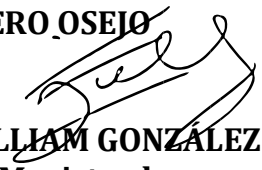
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de mayo de 2023 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO\_OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado

  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

**Ordinario Laboral :**      **1100131050 32 2019 00685 01**  
**Demandante:**            CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ  
**Demandado:**            UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE  
                                         CALDAS  
**Magistrado Ponente:**    **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, a fin que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su padre, señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), a partir del 1º de noviembre de 2011.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a la demandada a reconocer y pagar el 50% de la prestación pensional a partir del 1º de noviembre de 2011, junto con los intereses moratorios causados sobre las mesadas dejadas de percibir, más la indexación de las mesadas adeudadas.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus aspiraciones, informa que es hijo mayor de edad del causante JULIO CESAR RODRÍGUEZ, el cual falleció el 1º de noviembre de 2011 y a quien la convocada a juicio le había reconocido una pensión de jubilación el 3 de julio de 1990. Asimismo, precisa que el 5 de mayo de 2012 fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca con una pérdida de capacidad laboral del 59% con fecha de estructuración del 3 de julio de 1987, por los diagnósticos de poliomielitis y epilepsia focal de origen común.

De otro lado, aduce que su padre le brindó ayuda económica hasta su fallecimiento, y que a razón de su deceso, él y la señora BLANCA CECILIA LOZANO se presentaron a reclamar la sustitución pensional, la cual le fue reconocida a esta última mediante Resolución No. 181 de 23 de marzo de 2012, mismo acto en el que la demandada le negó la prestación arguyendo que no había acreditado la dependencia económica respecto del pensionado y la inexistencia de ingresos adicionales; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado de manera desfavorable a sus intereses a través de Resolución No. 362 del 26 de junio de 2012.

De otro lado, señala que convive en unión libre con la señora LUZ MARINA CASTRO, de la cual existe un hijo menor de edad, y que estos dependen económica de él. A su vez, sostiene que ha cotizado al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión; sin embargo, debido a sus diagnósticos de poliomielitis y epilepsia focal ha padecido de múltiples crisis de salud, siendo la última en el mes de junio de 2014, motivo por el que estuvo hospitalizado en la Clínica San Rafael. (f. 320 a 324 archivo 01).

Radicada la demanda, fue inicialmente conocida por el Juzgado 49 Administrativo del Circuito de Bogotá, el que por auto de 5 de septiembre de 2017, remitió las diligencias por falta de competencia en razón de la cuantía al



Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Corporación que mediante proveído adiado el 11 de septiembre de 2019, declaró la falta de jurisdicción remitiendo el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, dado que el causante al retiro de sus labores en la accionada ostentaba la calidad de trabajador oficial. (f. 57 a 58, 290 a 291 y 303 a 307 archivo 01).

En virtud de lo anterior, correspondió por reparto el presente asunto al Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el cual por auto de 14 de enero de 2020 admitió la demanda y ordenó notificar a la encartada. (f. 327 archivo 01)

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS, contestó la demanda con oposición a las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que el gestor no prueba la dependencia económica con el causante, aunado a que señala que labora y efectúa cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensión.

En su defensa propuso con excepciones las de inexistencia de la obligación, prescripción de mesadas pensionales y la genérica. (f. 332 a 337 archivo 01).

Mediante proveído fechado el 3 de septiembre de 2021, el Juzgado de primer grado dispuso vincular en calidad de litisconsorte necesaria a la señora BLANCA CECILIA LOZANO. (archivo 02)

En esa medida, la litisconsorte necesaria BLANCA CECILIA LOZANO, al contestar se opuso a las pretensiones de la demanda. Al respecto, señaló que los actos administrativos mediante los cuales le fue reconocida la sustitución pensional se encuentran ajustados a derecho, asimismo, señala que el actor no cumple con los requisitos que exige la ley para acceder a la prestación pensional que deprecia, ya que a la fecha del óbito del pensionado no acreditaba





una PCL igual o superior al 50% y que además dependiera económicamente de su progenitor.

Formuló las excepciones de inexistencia del derecho invocado, temeridad y mala fe, prescripción del derecho reclamado, buena fe de la litisconsorte necesaria. (archivo 09)

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 2 de noviembre del 2023, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación e inexistencia del derecho invocado que fueran formuladas por el extremo pasivo, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por el actor y se abstuvo de imponer condena en costas.

Para arribar a dicha conclusión, el *a-quo* a efectos de resolver si el demandante le asiste el derecho de la sustitución pensional en su calidad de hijo inválido del causante Julio Cesar Rodríguez, junto el pago del retroactivo y los intereses moratorios.

A continuación, expuso que no era objeto de controversia que el causante *de cujus* JULIO CESAR RODRÍGUEZ, ostentaba la calidad de pensionado de la demandada, conforme se colige en el expediente administrativo que obra en el informativo, que falleció el 1º de noviembre de 2011 y que la sustitución pensional fue reclamada por el actor y la señora BLANCA CECILIA LOZANO, según Resolución No. 181 de 23 de marzo del 2012, prestación que fue reconocida únicamente a la primera y negada al demandante, por no haber acreditado dependencia económica respecto de su padre.

Seguidamente, el Juez de instancia señaló que dada la fecha del óbito del señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ el asunto estaba regido por el literal c) del artículo

47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003 que hace referencia a los hijos que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; igualmente, trajo a colación el artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

En vista de lo anterior, dijo que estaba acreditado el vínculo o filiación del actor con el referido causante y la condición de invalidez, según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, la cual determinó que el promotor ostenta una PCL del 59.99 %, con una fecha de estructuración de 3 de julio de 1987, por enfermedad de origen común la cual se desarrolló durante la infancia, y que la fecha de estructuración se fijó al momento en que cumplió la mayoría de edad y de ingreso legal al mundo laboral, patologías que adujo no tienen mejoría.

Dicho esto, señaló que la verdadera controversia estribaba sobre la dependencia económica del actor respecto de su señor progenitor, para lo cual hizo mención del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, norma que disponía frente a los hijo inválidos *“que no tuvieran ingresos adicionales”* aparte que fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2016 en la cual se remitió a la sentencia C-111 de 2006, acotando que, tan solo se es independiente cuando el solicitante puede por sus propios medios mantener su mínimo existencia en condiciones dignas.

Además, señaló que la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta, no obstante, tal dependencia debe ser examinada en cada caso en particular, enfatizando que según la Corte Constitucional la independencia económica refiere a que se deben tener recursos suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida mínima, y que además el salario mínimo no es determinante de la independencia económica, y no constituye dependencia económica recibir otra prestación, luego, la independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté recibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional,



pues los mismo no generan independencia económica, de modo que, es necesario percibir ingresos permanentes y suficiente, entre otros.

En esa medida, recordó que desde el escrito de demanda se refiere que el demandante tenía un vínculo laboral al momento del fallecimiento de su padre. Encontrando que según reporte de semanas cotizadas en pensiones por el actor y que fuera emitida por Colpensiones, actualizada al 26 de febrero del 2013, se indica que se afilió al ISS desde el 27 de julio 1989, habiendo cotizado al 2013 un total de 484.29 semanas, a su vez, hizo un recuento de las vinculaciones que sostuvo a través de diferentes empleadores de forma discontinua desde 1989 hasta 2013, advirtiéndole que entre julio de 2009 y enero de 2013 lo fue a través del empleador POSEC LTDA., posteriormente POSEC S.A.S.

Igualmente, obra certificación laboral emitida el 21 de febrero de 2012, por esa sociedad la cual da cuenta de la vinculación laboral del gestor para la fecha en que falleció el pensionado, en la que refiere que se encuentra vinculado desde el 25 de febrero del 2008 en el cargo de operario, devengado como salario básico mensual la suma de \$566.700, monto que para esa anualidad equivalía al mínimo mensual legal vigente.

Asimismo, sostuvo que se encontraba una declaración extra juicio rendida por varias personas, en la que señalan que conocen al demandante desde hace más de 25 años, que por la grave enfermedad que padece siempre ha dependido económicamente del causante, quien le daba una mensualidad de \$400.000 en efectivo y directamente en la casa de su hermana María Stella, lo cual les consta pues en varias ocasiones se dieron cuenta de ello, aclarando que para suplir sus necesidades básicas no le es posible acceder a un trabajo digno, y que adicionalmente tuvo un hijo frente al cual tiene la obligación de proveer su sustento y el de su esposa, quien tampoco trabaja, razón por la que la familia de su padre le colabora económicamente, por último refieren que en el año 2008 la alcaldía realizó un convenio para ofrecer trabajo a personas discapacitadas, y el actor desde ese entonces se desempeña barriendo calles



en el sector de Molinos, por ende, con lo que devenga y la colaboración económica de su padre y su familia suple las necesidades de toda su familia.

Declaración extrajuicio sobre la cual precisó el *a quo*, que de todos los que la suscribieron solo rindieron declaración Ana Ofelia y Virgelina Palacios. Al respecto, refirió sobre los testimonios de dichas declarantes que desdice lo que expusieron en la citada declaración extraproceso, ya que, en el caso de Virgelina Rodríguez, señaló que no vio que el causante le diera dinero al actor, y que lo que le consta es por el dicho de una de las hermanas del actor, de nombre Stella, por lo que no le consta el monto de la ayuda que le dispensaba Julio Cesar a su hijo Carlos Eduardo, enfatizando que no tiene contacto cercano con el actor.

En el caso de Ana Ofelia, refirió que conoce que Julio César le daba una mensualidad a su hijo Carlos Eduardo, pero no conoce el valor, y lo que narra es de oídas por comentarios. Sobre el testimonio del hermano del demandante, señor Víctor Manuel si bien da cuenta de una ayuda económica al actor de parte de su padre, lo cierto es, que refirió que no conoce cuál era el monto de esa ayuda, pues se la daban en un sobre, lo cual también desdice el dicho de que era en efectivo en la casa de la señora Stella, mientras que Víctor Manuel refiere que él era quien se lo llevaba en un sobre, pero no conoce cuánto era porque iba en un sobre cerrado, ya que su padre no quería que supiera el monto de la ayuda a su hijo Carlos Eduardo.

El demandante en el interrogatorio que rindió expuso que su padre le daba ayudas económicas, en ocasiones de \$300.000 y que también le ayudaba con los útiles escolares y uniformes de su hijo, refiriendo que él es quien soporta económicamente su hogar, dado que su esposa no labora porque tiene problemas de salud y su hijo es menor de edad, y que él se sustentaba con lo que le colaboraba su padre, más lo que devengaba en su trabajo.

De lo expuesto, concluyó el Juez de instancia que las testigos Ana Ofelia y Virgelina no dan certeza de las supuestas ayudas económicas que brindaba el

causante al promotor, por lo que Virgelina es solo testigo de oídas, en el caso de Ofelia si bien dijo que vivió en la casa del causante, sostuvo que en el año 1981 se fue del lugar y que al principio llevaba a su hija a visitar al abuelo, pero poco a poco se alejó y ya después su hija iba sola a visitar al abuelo, luego, esa testigo tampoco ofrece credibilidad sobre las ayudas económicas brindadas por el pensionado al actor, al punto que no le constan aspectos puntuales como el nombre de la cónyuge, y su contacto con el actor es cada año o cada seis meses.

Adicionalmente, expuso que el actor no demostró cuáles eran los gastos de la familia y cuál era realmente la ayuda brindada por su padre, o que esa ayuda fuera sustancial como para hablar de dependencia económica frente a su padre, al punto que el mismo demandante y los testigos sostuvieron que al fallecer el pensionado, el actor se ha valido por sí mismo con los ingresos de su trabajo que equivale a un salario mínimo legal mensual vigente, y que el hecho tener en ocasiones algunas necesidades económicas ello no significa que no haya podido suplir de manera independiente sus gastos de manutención personal y de su grupo familiar, más si se tiene en cuenta que incluso antes del deceso del padre ya laboraba.

Situaciones que indican que, el actor pese a su discapacidad ha laborado y fruto de ese trabajo, ha proveído su sustento propio y el de su familia, sin que se haya acreditado una dependencia económica de manera sustancial frente a su padre, motivo por el cual absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas por el gestor en su contra y se abstuvo de imponer condena en costas a razón del amparo de pobreza que le fue concedido.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte actora la apeló. Al respecto, refirió que con base en razones constitucionales es otra la decisión que debió tomarse, ello en consonancia con lo establecido en los artículos 2, 13 y 47 de la Constitución Política, los que imponen una especial protección a las personas que tienen



disminuciones físicas como es el caso del actor, situación que quedo suficientemente probada en el caso bajo estudio.

Sobre la declaración extrajuicio a la que hizo alusión el *a-quo* y que fuera aportada por la pasiva, señala que allí se informa lo atinente a la ayuda en dinero que suministraba el causante al gestor, por lo que se debe dar credibilidad a los dos testigos que además de suscribir tal declaración rindieron su testimonio en el trámite procesal, documento que fue aportado por la pasiva, la cual no lo tacho de falso y además no pidió la ratificación de los otros dos testigos que firmaron la declaración.

Continúa indicando que si bien algunos testimonios no coinciden en todo, y alguno puede ser de oídas, no sucede lo mismo con el testigo Víctor Manuel quien dijo que la ayuda se proporcionaba en dinero, lo que coincide con los demás testimonios y la declaración extrajuicio, contrariando así, lo expuesto en la sentencia objeto de censura, en la que se dijo que no se definió en qué consistían las ayudas, misma en la que se precisa que percibir el salario mínimo no es indicativo de tener suficiente capacidad económica, aspecto frente al cual los testigos refirieron que el actor tenía dificultades económicas a razón de la ausencia de la ayuda que le proporcionaba su progenitor, luego, el salario mínimo que percibe por su trabajo apenas le permite satisfacer lo básico, por ende, el objeto de inconformidad radica en la valoración probatoria que dio el Juez de primer grado a los testimonios, ya que de haberlos valorado de cara a las normas constitucionales y la especial protección que merecen las personas con disminución física se hubiesen acogido las pretensiones de la demanda.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.



**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales en legal forma y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá determinar si ante el fallecimiento del pensionado JULIO CESAR RODRIGUEZ (q.e.p.d.), procede el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en beneficio de su hijo, señor CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ; en caso afirmativo, se verificará la procedencia de las demás pretensiones que se elevan en el *petitum*.

**c. De la calidad de pensionado del causante:**

Previo a abordar el fundamento del *sub-examine*, es menester precisar que en esta instancia no es objeto de discusión que la UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE CALDAS mediante Resolución No. 00443 del 31 de mayo de 1990, le reconoció al señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ pensión de jubilación a partir del 3 de julio de 1990, y que falleció el 1º de noviembre de 2011, tal como se colige del citado acto administrativo y del registro civil de defunción que obran en el informativo. (f. 9, 289 a 291 archivo 01).

De la misma forma, conviene mencionar que tampoco se discute que con ocasión del fallecimiento del señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ (q.e.p.d.), se presentaron a reclamar la sustitución pensional el actor en condición de hijo del causante y la señora BLANCA CECILIA LOZANO, siendo reconocida la prestación en un 100% a esta última y negada al promotor, en tanto no acreditó el requisito de dependencia económica respecto de su padre, según Resolución No. 181 de 23 de marzo de 2012, decisión que fue confirmada a través de la Resolución No. 362 de 26 de junio de 2012, la cual desató el recurso de reposición que presento el hijo demandante. (f. 17 a 23 archivo 01)

De la misma forma, se constata que el accionante presenta una pérdida de capacidad laboral del 59.99% por los diagnósticos de epilepsia tipo no



especificado y secuelas de poliomielitis, de origen común y fecha de estructuración del 3 de julio de 1987, según dictamen emitido el 5 de enero de 2012 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. A su vez, se encuentra acreditado que el demandante es hijo del pensionado fallecido, de acuerdo al registro civil de nacimiento que milita en el expediente. (f. 8 y 10 a 16 archivo 01)

**d. De la pensión de sobrevivientes:**

Así las cosas, se advierte que conforme a lo ha adocinado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2075-2021, Radicación No. 83457 del 19 de mayo de 2021, la norma que regula la materia de pensión de sobrevivientes es la vigente al momento del óbito del causante, por tanto, en virtud a que el fallecimiento del causante señor JULIO CESAR RODRIGUEZ (q.e.p.d.) se dio el 1º de noviembre de 2011, como viene de verse, la normatividad aplicable al presente caso será la referente a los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, los cuales modificaron los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, resulta imperioso traer a colación lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el cual señala sobre los requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

*“1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca”.*

A su turno, el literal c) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, señala respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo siguiente:

*“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

*“c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y,*

*los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;"*

Entre tanto, el referido artículo 38 del mismo compendio normativo, señala sobre el estado de invalidez que se *"considera inválida la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral"*. De lo anterior, se puede concluir que los hijos mayores de edad en condición de invalidez son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1704-2021, radicación No. 68725 de 17 de marzo de 2021, expuso sobre los requisitos de la condición de hijo inválido como beneficiario de la pensión de sobrevivientes:

*"En esa perspectiva, la Sala reitera que los únicos requisitos necesarios para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte del ascendiente en el caso de los hijos mayores de edad afectados de invalidez como es el caso de la accionante son: el parentesco, el estado de invalidez y la dependencia económica respecto del progenitor. Por tanto, no se pueden imponer condiciones diferentes a las referidas que signifiquen obstáculos para la eficacia del derecho a la seguridad social."*

## **2. Criterios jurisprudenciales para la acreditación de la dependencia económica en la pensión de sobrevivientes**

*La Corte ha explicado que la dependencia económica se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y proporcionalmente representativos, en perspectiva de los ingresos totales del familiar beneficiario de la pensión de sobreviviente, de modo que se establezca una verdadera relación de subordinación económica y, por tanto, se descarte una autosuficiencia económica a partir de otros ingresos. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL5605 de 2019, la Corporación expresó:*

*Lo expuesto nos lleva a los criterios que deben ser analizados para calificar la dependencia, también abordado, entre otras, en la sentencia anotada que reprodujo el criterio fijado en 2014, por esta sala en la sentencia SL14923-2014, rad. 47676, y que se recuerdan:*

a) *La dependencia económica debe ser:*

- *Cierta y no presunta:*

*«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».*

- *Regular y periódica*

*de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;*

- *Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios*

*“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia”.*

*Ahora, nótese que la censura armoniza inadecuadamente el concepto de dependencia económica con el de derecho de alimentos. Sobre este último, el artículo 411 del Código Civil dispone las personas a quienes por ley se les deben alimentos, quién los debe asumir y se precisa que una de ellas es el «ascendiente» por parte de su descendiente, a quien debe suministrarse alimentos congruos, es decir aquellos que permiten que el beneficiario pueda subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social, tal y como lo precisan los preceptos 413 y 414 ibidem.”*

A su vez, el órgano de cierre de esta especialidad en sentencia SL4329-2021, radicación No. 81730 de 11 de agosto de 2021, además de reiterar los lineamientos antes referidos, sobre los presupuestos para la concesión de la pensión de sobrevivientes a los hijos en condición de invalidez, expuso sobre el examen de la dependencia económica lo siguiente:

*“Igualmente, en relación con la pensión de sobrevivientes a favor de un hijo en condición de invalidez, la Corte ha indicado que la misma se reconoce cuando al momento de la muerte del causante se cumplen dos*

*requisitos: (i) la dependencia económica y (ii) se acredita el estado de invalidez del beneficiario a la data del deceso (CSJ SL494-2021). Dichos requisitos deben analizarse al momento del deceso del causante y la dependencia no tiene que ser total o absoluta (CSJ SL1704-2021).”.*

*(...)*

*“Por ello, cada caso en particular debe analizarse con especial cuidado, bien sea por parte de la entidad de la seguridad social o del operador judicial, a fin de determinar si debido a tal actividad laboral o productiva se desvirtúa la dependencia económica del beneficiario con el causante, necesaria para el acceso a la pensión de sobrevivientes.”*

*(...)*

*“(...) en cuanto la circunstancia de la actividad económica del actor y su capacidad laboral, pese a su situación de invalidez, podría generar que se establezca a su vez autonomía financiera y esto le haría perder la condición de beneficiario de la prestación por muerte, ante la eventual ausencia de dependencia económica para el momento del deceso de la causante.”*

En cuanto a la valoración de los medios de prueba, conviene traer a colación lo sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL3175-2023, radicación No. 98754 de 18 de octubre de 2023, en la que se indicó sobre el asunto:

*“Previamente al estudio de los medios de convicción del proceso que la recurrente indica como mal apreciados y atendida la vía por la cual se orienta el cargo de su demanda, importa a la Corte recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, en los juicios del trabajo los jueces gozan de libertad para apreciar las pruebas, por lo que si bien el artículo 60 ibidem les impone la obligación de analizar todas las allegadas en tiempo, están facultados para darle preferencia a cualquiera de ellas sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, pues en tal caso «no se podrá admitir su prueba por otro medio», tal y como expresamente lo establece la primera de las citadas normas.”*

Frente a las declaraciones extraproceso y su ratificación, la Alta Corporación de cierre de esta jurisdicción en sentencia SL3619-2022 con radicación No. 88468 de 27 de septiembre de 2022, sostuvo que:

*“Es necesario recordar, que conforme a lo adoctrinado por esta Corporación como por la Corte Constitucional (CC T-964-2014), la finalidad de la ratificación, es permitir que la persona contra quien se aduce un testimonio recibido fuera del proceso, tenga la oportunidad de controvertir dicha prueba en el litigio, y permitir que el juez que conoce el asunto pueda apreciar directamente la prueba, para tener certeza sobre los dichos del testigo frente a los hechos relevantes del pleito; pero la jurisprudencia en relación con la ratificación de los testimonios extra juicio y su valoración dentro de la causa, ha determinado, que frente a la ausencia de esta, el juez bien puede darles el tratamiento de documentos declarativos provenientes de terceros o decretar la prueba de ratificación de oficio ((CSJ SL, 2 oct. 2012, rad. 54135), medidas que se armonizan con el respeto de los derechos y garantías de las partes.”*

#### **e. Del caso en concreto**

Decantadas las normas y el precedente judicial que regula caso bajo estudio, procede la Sala a examinar de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S., el acervo probatorio recaudado en el trámite procesal, en especial la declaración extraproceso que milita a folios 79 a 80 del archivo 01 y los testimonios recaudados, a efectos de verificar la procedencia de la concesión de la prestación pensional deprecada por parte de promotor de la litis.

En punto de lo anterior, y como viene de verse se encuentra probado que el demandante es hijo del pensionado JULIO CESAR RODRIGUEZ (q.e.p.d.) y que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 59.99% la que se estructuró el 3 de julio de 1987, a razón de los diagnósticos de epilepsia tipo no especificado y secuelas de poliomielitis, los cuales son de origen común; por ende, se han avalado dos de los tres requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, quedando pendiente por establecer el tercero de ellos, esto es, el de la dependencia económica del actor frente a su progenitor al momento de su deceso.

Al respecto, obra declaración extraproceso rendida el 21 de febrero de 2012 por los señores Gustavo Palacios Sánchez, Ana Ofelia Delgadillo Monroy,

Virgelina Rodríguez de Palacios y Sandra Milena González Terreros en la que declaran (f. 79 a 80 archivo 01):

*“3- : QUE conocemos hace más de Veinticinco (25) años al señor CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ y a su familia, así mismo nos consta que el señor CARLOS, sufre una enfermedad desde los dos (2) años de edad, enfermedad que fue tratada en el BIENESTAR UNIVERSITARIO DE LA UNIVERSIDAD DISTRITAL, hasta la edad de los Veintitrés años tratamiento que fue cobijado por el señor padre el señor JULIO CESAR RODRIGUEZ, y luego fue atendido en la Sisbén. Por la grave enfermedad que padece el señor CARLOS siempre ha dependido económicamente de su padre el señor JULIO, quien le daba una mensualidad de Cuatrocientos Mil pesos (\$400.000), que siempre se los daba en efectivo y directamente en la casa de su hermana la señora MARIA STELLA, nos consta porque en varias ocasiones nos dimos cuenta de ello, esto era para suplir sus necesidades básicas, por cuanto que no es posible que él acceda a un trabajo digno. Por cuanto que el no pudo seguir estudiando por la enfermedad que padece, en el año 1999, el señor CARLOS, tuvo un hijo el menor MIGUEL STEVAN RODRIGUEZ, y desde esa fecha el señor CARLOS tiene la obligación de su hijo y de su señora esposa LUZ MARINA CASTRO, señora que tampoco puede acceder a la vida laboral por cuanto también padece una enfermedad, por tal razón la familia del señor CARLOS y su padre le colaboran económicamente, en el año 2008, la Alcaldía saco un convenio para ofrecer trabajo a personas discapacitadas y don CARLOS desde ese entonces se desempeña barriendo calles en el sector de Molinos, y con lo que le pagan y la colaboración económica de su padre y su familia suple las necesidades de toda su familia.”*

Asimismo, se practicó el interrogatorio de parte al demandante, señor CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, quien informó que trabaja como técnico operativo en una empresa de aseo hace ocho años, acotando que con anterioridad no tenía un trabajo estable; y que cotiza a pensión hace aproximadamente diez años. De otro lado, expuso que a la edad de dos años desarrolló poliomielitis y epilepsia, lo que le afectó el lado izquierdo su cuerpo y en eso radica su discapacidad, siendo calificado con un 59.9%; además, señala que tiene 53 años y que no ha reclamado la pensión de invalidez por que se pensionaría con una mesada inferior al salario mínimo.

De otra parte, indicó que su padre falleció en 2011, y que al momento de su deceso vivía en otro lugar con su compañera de nombre Blanca Cecilia Lozano y con un hermano de nombre Víctor Manuel Rodríguez; a su vez, mencionó que





para esa época él trabajaba en LIME donde estuvo por espacio de cuatro años y devengaba el salario mínimo.

Sobre la ayuda que le proporcionaba el causante, dijo que le ayudaba económicamente, no siempre en el mismo porcentaje pero que le colaboraba, siendo aproximadamente la suma de \$300.000, y en otras ocasiones le colaboraba para los útiles escolares y uniformes de su hijo. Señala que para la época del deceso de su padre, él vivía con su cónyuge, su hijo y dos hijastros, todos menores de edad, siendo el único que aportaba al hogar, porque su cónyuge padecía quebrantos de salud y no puede trabajar; que el causante le entregaba el dinero en su casa cuando estaban solos o lo acompañaba en su vehículo, por ejemplo a comprar unos repuestos; que la colaboración no era un determinado tiempo, no era constante, pero sí le colaboraba; y que la ayuda podía ser cada mes.

Adujo que desde el fallecimiento de su padre está sobreviviendo con el salario mínimo mensual legal vigente y se encuentra mal económicamente, por lo que, ha tenido que pedir colaboración a sus allegados.

La vinculada como litisconsorte necesaria BLANCA CECILIA LOZANO, en el interrogatorio de parte que absolvió, dijo que convivió con el causante desde 1983 y hasta el 2011, cuando falleció; agregó que el señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ trabajó en la UNIVERSIDAD DISTRITAL en mantenimiento y se pensionó en el año 1991. Que cuando ella llegó a la casa el demandante tenía 14 años y vivió con ellos, pero después a la edad de 24 años se fue de la casa y trabajó como independiente, aclarando que su padre le ayudaba; que, el actor trabajó como celador, después en LIME y que desconoce actualmente a qué se dedica porque ella después del deceso de su compañero se fue de la casa y no tuvo más contacto con él.

Dijo que no le consta si el causante le ayudaba económicamente al actor, y tampoco presenció que llamara a su padre a pedirle dinero o ayuda; que, el demandante para el año 2011 vivía en el barrio Las Lomas en un lote que el



causante le había dado hace mucho tiempo, por lo que no pagaba arriendo; enfatizó que para ella el demandante no tiene ninguna discapacidad para trabajar.

La testigo ANA OFELIA DELGADILLO MONROY en su declaración refirió que conoce al demandante hace aproximadamente 48 años porque tuvo una hija con un hermano de él, quien ya falleció, precisando que su hija tiene 44 años; que también conoció al causante y vivió en la casa de él, entre el año 1977 y 1981 hasta cuando su hija tenía tres años y se separó del hermano del actor; que cuando ella vivió en esa casa estaba pendiente del promotor porque era niño y estaba muy enfermo, y ella lo llevaba al médico por pedido de su suegro, que después que se fue de esa casa los visitaba cada mes porque llevaba a la niña a donde el abuelo y con el actor se veía cada mes o cada 20 días, cuando lo acompañaba a las citas médicas.

Añadió que el demandante muchos años después de ser mayor de edad dejó la casa del causante, y que por su enfermedad tenía ataques epilépticos y presentaba una parálisis en el cuerpo, y que el *de cujus* le ayudaba económicamente; que, ya cuando su hija creció ella ya no la acompañaba a visitar al causante y a los tíos; que CARLOS EDUARDO conformó su propia familia, y el causante le ayudaba con una mensualidad, que no le consta a cuánto ascendía, pero que le ayudaba; que le consta que para el último año de vida del pensionado el actor laboraba; y a la pregunta de si vio cuando recibía el dinero dijo que no, pero que el señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ decía que le entregaba dinero y que no desamparaba a su hijo.

Indica que cree que para el año 2010 y 2011 el grupo familiar del demandante estaba conformado por la esposa y el hijo, pero no conoce cómo se llama la cónyuge o si trabaja; que no le consta si para la época de su fallecimiento del abuelo de su hija el demandante tenía casa y que su hija le contó que después de la muerte del abuelo, la situación de su tío ha sido complicada porque ya no cuenta con el apoyo que le brindaba; por último, dijo que no conocía quién tenía afiliado en salud al actor.

VIRGELINA RODRÍGUEZ DE PALACIOS, informó que conoce al demandante hace 45 años; porque una hermana del actor es casada con un hermano de su esposo; que lo narrado le consta porque la hermana se lo ha contado, la cual se llama Stella Rodríguez; que no tiene presente la fecha en la que falleció el causante y que lo visitó unas dos veces en su casa; añadió conocer que el actor está trabajando, pero no refiere en que se despena, y que le consta por cuanto hermana le ha comentado que su padre le ayudaba para sus gastos, sin que tenga conocimiento del valor de la ayuda o la periodicidad de la misma, tampoco observó cuando el padre le entregaba la ayuda a su hijo. Al indagársele sobre la declaración extraproceso, dijo reiterarse en lo que informa en la declaración que está deponiendo, por último, sostuvo que después del fallecimiento del señor JULIO CESAR RODRÍGUEZ, el promotor ha tratado de sobrevivir con lo poco que gana.

Entre tanto, el señor VICTOR MANUEL RODRIGUEZ RODRIGUEZ quien dijo ser hermano del demandante, señaló que desde los cuatro años de edad padece de parálisis del lado izquierdo, lo que le impedía correr ya que se caía; que eran atendidos por la demandada a través de su servicio médico y allí fue donde le diagnosticaron epilepsia. Asimismo, sostuvo que el gestor vivió en la casa paterna hasta 1998, cuando comenzaron los problemas entre la madrastra y la esposa de aquel, por lo que se fue a vivir en arriendo con Marina Castro y el hijo de ellos; que para su sostenimiento ambos hermanos trabajaron en vigilancia cuidando una cuadra cerca de SAO, que no los tenían afiliados y solo les pagaban el salario mínimo, aclarando que después el actor trabajó como cinco años en LIME y actualmente trabaja en Quality.

Más adelante el testigo mencionó que la esposa del demandante no puede trabajar; y que él vivió con su padre hasta su fallecimiento; que el causante le enviaba al actor un sobre pero desconoce cuánto dinero le enviaba y que también le enviaba con JAIRO SANABRIA; adujo que los sobres se entregaban en ocasiones cuando le pagaban la prima de junio o sino cada mes le mandaba lo que tuviera a su alcance en un sobre, y que en una ocasión indagó sobre el

monto, pero su padre le dijo que eso quedaba en secreto; que cuando falleció su progenitor, el demandante estaba trabajando en LIME; y después de su muerte él paga arriendo ya que no recibe ningún auxilio, además él a veces le colabora con un mercado.

En otro giro, expuso que el causante les dejó como herencia una casa en San Pablo, una casa en Apulo y otra casa en sociedad con su madrastra; y que en 2018 adelantaron el proceso de sucesión entre siete hermanos y la madrastra; que, al demandante, le correspondió el porcentaje que designó el Juez, además, de la casa en San Pablo sólo tiene arrendados dos cuartos lo que alcanza para pagar los servicios y de las casas de Apulo ya les asignaron a cada uno una parte, pero no las han dividido por un problema en catastro; que de pequeños el causante los tenía como sus beneficiarios en salud en la Universidad Distrital; y que en 2011 cuando falleció su padre, el actor vivía en un lote del causante, pero tuvo un problema con un hermano y se tuvo que ir de allí.

Bajo ese escenario, advierte la Sala que el demandante nació el 3 de julio de 1969, según da cuenta la copia de su documento de identidad (f. 7 archivo 01), lo que quiere decir, que para el 7 de julio de 1987 cumplió la mayoría de edad, misma calenda en la que se fijó la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral que le fue determinada, como bien lo concluyó el Juez de primer grado, y que para el 1º de noviembre de 2011 fecha en la que falleció el causante, contaba con 42 años de edad.

De otra parte, se puede evidenciar que según certificación expedida por FAMISANAR EPS el 9 de mayo de 2013, se puede constatar que el actor se vinculó al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de esa entidad desde el 28 de febrero de 2005, siendo sus beneficiarios su compañera y su hijo, habiendo realizado su última cotización el 1º de marzo de 2013. (f. 27 archivo 01)

También obra reporte de semanas cotizadas por el demandante a COLPENSIONES actualizado a 26 de febrero de 2013, en el que se observa que



se afilió a esa entidad el 27 de julio de 1989, misma calenda desde la cual efectuó cotizaciones a pensión de forma interrumpida por lo menos hasta el 31 de enero de 2013, alcanzado un total de 484,29 semanas y que en ese interregno estuvo afiliado desde julio de 2009 hasta enero de 2013 a través del empleador POSEG LTDA., lo que se colige con la certificación expedida por esa sociedad el 21 de febrero de 2012, en la que indica que prestó sus servicios en esa empresa desde el 25 de febrero de 2008 como operario, devengado un salario mínimo; lo que indica que a la fecha del óbito del causante, el actor ya laboraba y percibía unos ingresos a razón de esos servicios. (f. 31 a 37 archivo 01)

En cuanto a la ayuda que proporcionaba el señor JULIO CESAR RODRIGUEZ al promotor y a su núcleo familiar, se tiene que desde la demanda se afirmó que para su sostenimiento dependía de la ayuda que le proporcionaba su progenitor, empero, no se precisa o se indica de forma aproximada a cuanto ascendían los gastos mensuales del gestor y su grupo familiar, ello a fin de tener un monto de referencia para el efecto; aspecto que no es posible establecer de la declaración extraproceso a la cual se hizo alusión previamente, dado que los declarantes señalan que les consta que el actor recibía \$400.000 mensuales de parte del pensionado, rubro que recibía en efectivo y directamente en la casa de su hermana, señora María Stella, lo que les consta porque en varias ocasiones se dieron cuenta de ello.

Sin embargo, contrario a lo referido en tal declaración extraproceso, en especial lo consignado en ese documento por Gustavo Palacios Sánchez y Sandra Milena González Terreros, de quienes no se pidió su ratificación, el mismo gestor en el interrogatorio de parte refirió que la ayudaba económica de su padre no siempre era el mismo porcentaje, que a veces le daba \$300.000, otras veces le daba más y otras menos, y en otras ocasiones le daba para los útiles escolares y uniformes de su hijo, dinero que le entregaba en su casa cuando estaban solos o lo acompañaba en su vehículo, y que la colaboración no era un tiempo determinado, o constante, pero sí le colaboraba; y que la ayuda podía ser cada mes.

Entre tanto, el testigo VÍCTOR MANUEL RODRÍGUEZ hermano del actor, relató que él mismo le llevaba al demandante la ayuda económica en un sobre, o a través de un tercero, por lo que nunca supo el monto, particularidad respecto de la cual ni siquiera los testigos o el mismo demandante hicieron alusión, sobres que según el testigo eran enviados a veces cuando al pensionado le pagaban la prima de junio, o cada mes le mandaba por lo que pudiera.

En cuanto a las testigos ANA OFELIA DELGADILLO MONROY y VIRGELINA RODRÍGUEZ DE PALACIOS, para la Sala resultan siendo testigos de oídas, pues si bien la primera adujo que el padre del actor le mencionó que le ayudaba económicamente a éste, lo cierto es, que nunca vio cuando sucedió esto o supo de la suma que percibía el promotor por parte de su padre o en que consistían tales ayudas, y la segunda refirió que lo que narra lo conoce porque la hermana del actor le contó, lo que contradice lo que habían declarado extraprocesalmente.

De esa forma, concluye la Sala que si bien la jurisprudencia ha dicho que no es necesario acreditar el monto exacto de lo aportado por el causante, no puede pasarse por alto que existen evidentes contradicciones al respecto, pues como viene de verse, de un lado se dijo que la ayuda consistía en \$400.000 y de otro que era de \$300.000, aunado a que unos dijeron que la ayuda se entregaba en la casa de la hermana del actor de nombre Stella, a su vez, el testigo Víctor Manuel en su versión dijo que él llevaba el dinero, o un tercero, y el demandante dijo que el causante se lo entregaba personalmente, además, nótese que no se puede establecer con certeza si el promotor por lo menos pagaba arriendo al momento del deceso del pensionado, pues este último testigo dijo que vivía en un lote de propiedad de su padre, lo que corroboró la litisconsorte necesaria en su interrogatorio.

En resumidas cuentas, para este Juez Colegiado de las probanzas aquí analizadas no se puede determinar, como bien lo concluyó el Juez de instancia, que el actor dependiera económicamente del causante, en tanto, no se probó



un monto por lo menos aproximado de la ayuda que este suministraba al hijo y que la misma tuviese tal relevancia como para hablar de dependencia económica, quedando solo en presunciones las aseveraciones de los testigos y del mismo demandante sobre el asunto.

De otra parte, tampoco se pudo establecer la periodicidad del aporte en cuestión, y menos aún se comprobó por parte del demandante que esa ayuda fuera significativa, de modo tal, que sin esa ayuda se viera afectada la estabilidad económica de él y su familia al faltar la ayuda de su progenitor, por el contrario, de lo visto hasta ahora en el caso de marras, es que el promotor pese a su condición de salud y que en inicio a razón de la protección especial que se debe brindar a las personas en situación de invalidez como lo establece la Constitución Política, era autosuficiente y es quien en últimas asume sus gastos y los de su grupo familiar, luego, no acreditó el tercer presupuesto que se exige para acceder a la pensión de sobrevivientes que reclama, consistente en la dependencia económica respecto del pensionado fallecido.

En virtud de todo lo anterior, no le queda otro camino a la Sala que confirmar la sentencia de primer grado, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Sin **COSTAS** en esta instancia al no haberse causado a razón del amparo de pobreza concedido al apelante.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**



**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 2 de noviembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esa providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado  
(Salva voto)



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**SALVAMENTO DE VOTO  
MAGISTRADO: Dr. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No. 3220190068501**

**DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ  
DISCIPLINADO: UNIVERSIDAD DISTRITAL FRANCISCO JOSÉ DE  
CALDAS**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de 2024

Con el respeto acostumbrado, me permito manifestar que no comparto la decisión planteada en el asunto de la referencia por la mayoría, pues consideró que en el presente asunto debió haberse condenado al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, a hijo invalido con ocasión al fallecimiento de su padre.

Bajo el argumento de que el demandante no demostró la dependencia económica, sumado a que cuenta un ingreso mínimo, se negó el derecho, sin embargo, ante el fallecimiento del causante la suspensión del aporte económico que realizaba al beneficiario, en este caso un hijo invalido, afecta la estabilidad financiera del mismo, lo que pone en peligro su calidad de vida digna, debe recordarse, que el propósito de la pensión de sobreviviente no es enriquecer el patrimonio, sino compensar la falta material de apoyo económico que se produce en la familia cuando uno de sus miembros muere. Por lo tanto, la legislación permite un resarcimiento a través de la seguridad social, sin requerir que la persona se encuentre en una situación de extrema pobreza para tener derecho a ella -sentencia SL1386-2022-.

Además, al verificarse las declaraciones rendidas todas son consistentes en manifestar que en efecto el causante le prestaba una ayuda económica al demandante, lo cual no debe ser desconocido y menos aún hablar de una autosuficiencia económica basada en otros ingresos, cuando el mismo no supera un salario mínimo.

Bastan los anteriores argumentos a fin de presentar el respectivo salvamento de voto anunciado.



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
**Magistrado**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

**Ordinario Laboral :** 1100131050 33 2020 00471 01  
**Demandante:** ALIS POVEDA POVEDA  
**Demandado:** COLPENSIONES  
**Magistrado Ponente:** DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado HENRY DARÍO MACHADO GUALDRÓN, identificado con cédula de ciudadanía 77.091.125 y T.P. 248.528 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 8 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente asunto se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la sentencia proferida fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora ALIS POVEDA POVEDA promovió demanda ordinaria en contra de COLPENSIONES, a fin de declararse que cotizó en la demandada 317 semanas y que tiene derecho a que se le reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ya que no cumple con los requisitos de ley para acceder a la prestación de vejez en Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, solicita se condene a la encartada a pagar a su favor la indemnización sustitutiva con los reajustes de ley y la indexación correspondiente, más los intereses de mora, lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que nació el 11 de noviembre de 1961, y cotizó 361 semanas en el Instituto de Seguros Sociales. Igualmente, sostuvo que prestó sus servicios como docente al servicio del Magisterio del Distrito Capital de Bogotá, es así como mediante de Resolución No. 4503 del 14 de junio de 2017 le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la citada entidad en la suma de \$2.471.015 a partir del 12 de noviembre de 2016.

En otro giro, mencionó que el 4 de febrero de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la que tiene derecho, la cual fue negada a través de Resolución SUB52994 de 28 de febrero de 2019, decisión que confirmó la entidad mediante Resoluciones SUB72761 del 26 de marzo de 2019 y DPE2123 del 25 de abril de 2019, al desatar los recursos de reposición y apelación que interpuso. (archivo 04)

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante es beneficiaria de

una pensión de jubilación por parte del Magisterio, la cual es incompatible con la prestación que reclama en la demanda por mandato legal y constitucional.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica. (archivo 06)

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 de junio de 2023, condenó a la demandada a reconocer y pagar en favor de la demandante la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por las cotizaciones realizadas a esa entidad por sus empleadores privados durante el periodo comprendido entre septiembre de 1984 y mayo de 1994, la absolvió a la demandada del pago de intereses moratorios y la condenó en costas.

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia trajo a colación como argumentos normativos los artículos 128 de la Constitución Política, 37 y 279 de la Ley 100 de 1993, y jurisprudenciales las sentencias STL 1198 de 2019, y SL 1127 de 2022.

Además, destaco que no era objeto de debate que la actora contaba con 317 semanas en Colpensiones y que le había sido reconocida la pensión de jubilación por parte del Magisterio en atención a los servicios que prestó a la Secretaría de Educación de Bogotá. A su vez, señaló que tales cotizaciones son empleadores privados, que se hicieron de manera independiente y autónoma, que no pertenecen al erario público, agregando que la demandante el 11 de

noviembre de 2018 cumplió la edad de pensión, sin acreditar las semanas necesarias para acceder a la pensión, aunado a que la indemnización sustitutiva es compatible con la pensión de jubilación que percibe, de manera que, no se transgrede el artículo 128 de la Constitución.

Así las cosas, condenó a COLPENSIONES a reconocer a la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por los periodos cotizados en esa entidad de septiembre de 1984 y mayo de 1994 (f. 122 archivo 06). En cuanto a la liquidación de la indemnización refirió que la misma no era viable cuantificarla en ese momento, ya que la operación aritmética implica su indexación al momento del pago, conforme se dijo en sentencia emitida por esta Corporación el 16 de diciembre de 2022 dentro del radicado No. 33-2020-00084-01.

Absolvió a la demandada del pago de los intereses moratorios, en tanto los mismos solo proceden frente al pago de mesadas pensionales. Frente a la indexación señaló que la misma ya está implícita en la formula con la que se liquida, conforme lo dispone el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, por lo que se deja supedita al momento en que se materialice el pago, como ya se indicó, en consecuencia, no hay lugar a la misma. Sobre la prescripción, señaló que la misma no opera porque se trata de un derecho imprescriptible e irrenunciable conforme se dijo en sentencia CSJ SL 74456 de 2019. Finalmente, condenó en costas a la encartada.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Expuso en su alzada que el Juez de instancia pasó por alto lo normado en el artículo 128 de la Constitución Política, que indica que nadie puede percibir más de una asignación que provenga del erario público. Además, basó su decisión en una sentencia de tutela que se dictó en un caso diferente, ya que se trata de una pensión, y los recursos con los que tiene que suplir el pago de pensiones

procede del Estado, dado que con los dineros que percibe la entidad por aportes no alcanza.

Igualmente, señaló que el citado artículo fue regulado por la Ley 4º de 1992, el cual señala que es posible percibir la prestación que se reclama si se causó con antelación a la expedición de esa norma, lo que hace incompatible con la indemnización sustitutiva, agregando que los recursos que se ordenan devolver por el contrario deben destinarse a financiar la pensión de jubilación que recibe la actora, acotando que la indemnización sustitutiva difiere de la devolución de saldos que se analiza en las sentencia que mencionó el *a quo*.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, teniendo en cuenta el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de dicha entidad, la Sala deberá auscultar como problema jurídico principal si es procedente el reconocimiento y pago a favor del demandante de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, inclusive en virtud de la compatibilidad pensional determinada en primera instancia con ocasión de la pensión que en la actualidad percibe la actora por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

##### **c. Del análisis del caso en concreto:**

Previo al análisis del asunto *sub examine*, sea lo primero indicar que no fueron objeto de reproche los siguientes aspectos:

(i) Que a la demandante señora ALIS PORVEDA POVEDA, mediante Resolución No. 4503 del 14 de junio de 2017 le fue reconocida por parte del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pensión de jubilación a partir del 12 de noviembre de 2016 en cuantía inicial de \$2.471.015, ello por cuanto acreditó tiempos cotizados íntegramente a dicho magisterio en su calidad de docente (f. 21 a 22 – archivo 01).

(ii) Que la demandante inicialmente elevó ante COLPENSIONES el 4 de diciembre de 2018, solicitud de pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual fue negada por la entidad mediante la Resolución SUB52994 del 28 de febrero de 2019. (f. 4 a 8 archivo 01)

(iii) Que la demandada confirmó tal decisión, al desatar los recursos de reposición y apelación mediante Resoluciones SUB72761 del 26 de marzo de 2019, y DPE 2123 de 25 de abril de 2019. (f. 10 a 18 archivo 01).

(iv) Que la demandante efectuó cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 1984 y el 18 de mayo de 1994 un total de 317.86 semanas, según se advierte de la historia laboral expedida por la encartada y actualizada al 28 de julio de 2021. (f. 142 archivo 06).

Ahora, en lo que respecta al pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 establece:

*“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”*



A su vez, el artículo 1º del Decreto 1730 de 2001 preceptúa:

*“Artículo 1º. Causación del derecho. Habrá lugar al reconocimiento de la indemnización sustitutiva prevista en la Ley 100 de 1993, por parte de las Administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, cuando con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones se presente una de las siguientes situaciones:*

*a) Que el afiliado se retire del servicio habiendo cumplido con la edad, pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido para tener derecho a la pensión de vejez y declare su imposibilidad de seguir cotizando;*

*b) Que el afiliado se invalide por riesgo común sin contar con el número de semanas cotizadas exigidas para tener derecho a la pensión de invalidez, conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993;*

*c) Que el afiliado fallezca sin haber cumplido con los requisitos necesarios para que su grupo familiar adquiera el derecho a la pensión de sobrevivientes, conforme al artículo 46 de la Ley 100 de 1993;*

*d) Que el afiliado al Sistema General de Riesgos Profesionales se invalide o muera, con, posterioridad a la vigencia del Decreto-ley 1295 de 1994, como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, la cual genere para él o sus beneficiarios pensión de invalidez o sobrevivencia de conformidad con lo previsto en el artículo 53 del decreto ley 1295 de 1994.”*

A su vez, los artículos 2º y 3º del Decreto 1730 de 2001 en mención, preceptúan:

**“Artículo 2º. Reconocimiento de la indemnización sustitutiva. Cada Administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado.**

*En caso de que la Administradora a la que se hubieren efectuado las cotizaciones haya sido liquidada, la obligación de reconocer la indemnización sustitutiva corresponde a la entidad que la sustituya en el cumplimiento de la obligación de reconocer las obligaciones pensionales.*

*En el caso de que las entidades que hayan sido sustituidas en la función de pagar las pensiones por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, Fopep, será ésta la entidad encargada del pago, mientras que su*

*reconocimiento continuará a cargo de la Caja o Fondo que reconozca las pensiones.*

*Para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.*

**“Artículo 3º.** *Cuantía de la indemnización. Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:*

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

*Donde:*

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

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

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

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

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

Así las cosas, claro resulta para la Sala que la demandante acreditó el precepto de que trata el literal a) del artículo 1º del Decreto 1730 de 2001, en tanto, (i) desde el 11 de noviembre de 2018 cumplió la edad requerida para pensionarse, esto es, 57 años de edad según se corrobora con la copia de su cédula de ciudadanía, ya que nació el mismo día y mes de 1961, adicional a que

no es beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 toda vez que al 1º de abril no tenía 35 años ni 15 años de servicios, (ii) en la actualidad cuenta con 62 años de edad, (iii) de conformidad con los tiempos cotizados al ISS que arrojan un total de 317.86 semanas cotizadas durante el periodo comprendido entre el 25 de septiembre de 1984 y el 18 de mayo de 1994 como da cuenta copia de la historia laboral expedida por COLPENSIONES con actualización al 28 de julio de 2021 (f. 142 archivo 06).

Bajo este entendimiento y, ante la falta de densidad de semanas suficientes para acceder a una pensión por vejez, palmario resulta que la actora es beneficiaria de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el razonamiento que expuso el *a quo* para no liquidar la indemnización en esa oportunidad, no fue objeto de reproche por las partes, y la Sala encuentra ajustado a derecho que la misma sea liquidada por la pasiva al momento del pago efectivo, para lo cual debe aplicar la fórmula antes referida, la cual tiene un componente de indexación, como lo indicó el Juez de instancia. Ahora, es del caso precisar que al no haber sido objeto de inconformidad por la activa lo atinente a los intereses moratorios y la indexación de la indemnización, esta Colegiatura no ahondará en el tema, reiterándose que además como ya se explicó, la fórmula establece la actualización de los ingresos base de liquidación, en esa medida, se confirmará la sentencia de primera instancia en tal sentido.

#### **d. De la excepción de prescripción:**

Frente a la excepción de prescripción planteada por COLPENSIONES, no tiene vocación de aceptación como quiera que la indemnización sustitutiva es un derecho adquirido que por demás lo contempla la Ley 100 de 1993, a su vez que los derechos de la seguridad social gozan del carácter de irrenunciables e imprescriptibles, sentencia SL 4141-2021, Radicación No. 83507 del 15 de

septiembre de 2021, situaciones todas por las que la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

**e. De la compatibilidad de la pensión vitalicia de jubilación reconocida a la demandante por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO y la indemnización sustitutiva de vejez aquí solicitada:**

Para lo pertinente, es menester poner de presente que debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el cual consagra:

*“Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, **cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración.**” (Negrita fuera del texto)*

A su vez, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, dispuso:

*“**Posibilidad de acumular cotizaciones en el caso de profesores.** Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado”.*

De la norma en cita se desprende que existe la posibilidad de que los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, pueden realizar los aportes a pensión en uno de los dos regímenes contemplados en la Ley 100 de 1993.

Al respecto, en la sentencia con Radicación No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, traída a colación en la sentencia SL451-2013, Radicación No. 41001 del

17 de julio de 2013, nuestro máximo órgano de cierre expuso que no existen razones jurídicamente válidas para colegir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtenerse del ISS hoy COLPENSIONES, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada. En aquella oportunidad y, luego de citar el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, la alta Corporación precisó:

*“(…) precepto reglamentario que sólo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.*

*“Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, [...]”.*

Línea jurisprudencial que se ha venido manteniendo en el tiempo a través de distintas decisiones, tales como la SL1968-2022, Radicación No. 88439 del 30 de marzo de 2022, SL2383-2022, Radicación No. 79768 del 12 de julio de 2022, SL393-2023, Radicación No. 92116 del 28 de febrero de 2023, entre otras, puesto que en términos generales los docentes afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pueden de manera simultánea prestar servicios a instituciones privadas y, con ello financiar la pensión de vejez a cargo del ISS, siendo así clara la compatibilidad de esa pensión con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez aquí perseguida dentro del sistema de seguridad social de que trata la Ley 100 de 1993 en la medida que las cotizaciones al Magisterio fueron efectuadas el sector distrital, siendo así que su financiación provenga de diferente fuente.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Además, de vieja data la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que los dineros con que el ISS, hoy COLPENSIONES, paga las prestaciones que concede, no tiene la calidad de asignación proveniente del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no ostentan su origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores. Corolario de lo expuesto, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 8 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 33 2022 00301 01  
Demandante:                            ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA  
Demandados:                           COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENISIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la referida PORVENIR S.A. el 24 de mayo de 1995 y, por tanto, se declare que siempre ha permanecido ha permanecido afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como



cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos y rendimientos y demás valores causados con motivo de la afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Asimismo, se ordene la devolución de las sumas de dinero percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados, así como que se le ordene a COLPENSIONES a recibirlo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con todas las contingencias que obren en su cuenta de ahorro individual dentro del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Por último, se condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que realizó aportes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por intermedio del ISS hoy COLPENSIONES desde el mes de agosto de 1989 hasta el año 1995, trasladándose con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en la misma anualidad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

Que a pesar de ello, al momento de traslado del régimen privado PORVENIR S.A. no le suministró información clara, suficiente, veraz y oportuna sobre las implicaciones de dicho cambio para su situación particular.

Igualmente, adujo que la AFP no le informó las características de ambos regímenes pensionales para la obtención de una pensión de vejez, no se le informó acerca de los riesgos y efectos de los regímenes, como tampoco las ventajas y desventajas de los mismos, entre otros aspectos de desinformación.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición de las pretensiones en su contra, manifestando que el actor al momento de suscribir el formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de sus dependencias, lo llevó a cabo de manera consiente, garantizándosele en todo

momento el derecho de retracto como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año.

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

COLPENSIONES por su parte indicó que la afiliación de traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, afirmación a la que se arriba por cuanto, de los elementos probatorios que se pretenden ver en juicio, no se observa alguno que permita acreditar la configuración de algún elemento del presunto error ante la falta del deber de información de la AFP.

Formuló como medios exceptivos los denominados errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de septiembre de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada al señor ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.444.333, afiliado el 24 de mayo de 1995 a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.***

***SEGUNDO: DECLARAR que ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.***



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

**CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación del señor ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.

**QUINTO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEXTO: CONMINAR** a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha en el ordinal anterior.

**SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS**, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

**OCTAVO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (03) SMLMV a cargo de PORVENIR S.A., UN (01) SMLMV a cargo de COLPENSIONES, estos conceptos en favor de la parte demandante."

Para arribar a esa conclusión, el Juez de primer grado hizo mención de la normativa vigente para la época del traslado de la demandante, esto es, la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, los cuales hacen referencia al deber de información hacia los consumidores financieros.

De igual forma, trajo a colación la jurisprudencia que ha enmarcado la materia, acotando que se le debió brindar a la accionante información referente a las características, diferencias, condiciones, parámetros para acceder a la pensión de vejez y los niveles de riesgos en uno y otro régimen pensional, por lo que no era viable el argumento de que la parte actora debía conocer la Ley 100 de 1993 para suplir la obligación de consentimiento informado radicado en cabeza de la AFP.

En el mismo sentido expresó que, del formulario de afiliación aportado, no se logró acreditar el consentimiento informado del demandante y no obra en el expediente otro documento que dé cuenta de la reunión realizada entre los asesores de PORVENIR S.A. y el actor. Así mismo, resaltó que la carga probatoria es de quien está en mejor condición de probar el deber legal que le asiste, que en este caso, le corresponde al extremo demandando en virtud de la posición dominante que ostentan en el mercado financiero, no obstante, de los documentos aportados al plenario no se dilucidó el cumplimiento de esta obligación, y del interrogatorio de parte tampoco se evidencia confesión alguna sobre la debida información, la cual era necesaria para que pudiera tomar una decisión informada al momento del traslado de régimen.

En razón de lo anterior, el *a-quo* consideró que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad resulta ineficaz, en consecuencia, dispuso la devolución de los aportes, rendimientos, seguros previsionales, aportes a pensión de garantita mínima, cuotas de administración indexados y demás emolumentos generados durante la afiliación del demandante a los fondos privados, no declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Argumentó en su alzada en lo atinente a la devolución de cuotas de administración, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, seguros previsionales debidamente indexados.

Lo anterior, en razón a que, con los rendimientos financieros que se retornen a COLPENSIONES se estarían compensando los mismos, máxime si se tiene en cuenta que en virtud del buen manejo de la cuenta de ahorro individual del actor han superado inclusive el capital, generándose así un enriquecimiento sin causa respecto de COLPENSIONES.

COLPENSIONES por su parte adujo en su alzada que al actor no se le vulneró derecho alguno, ya que cuando solicitó su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida se encontraba dentro de la prohibición de que trata el

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al igual que solicita se absuelva de costas procesales.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no

se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 24 de mayo de 1995 (Fl. 65 – PDF 02 DEMANDA y fls. 63 y 64 – PDF 05 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado de manera oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Por otra parte, el aquí demandante señor ISMAEL ENRIQUE DAZA CORREA en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen

privado, el derecho de retracto, etc, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativas</b>                    | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                |
|-----------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                          | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales               |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le |



|                                                                |                                                                                              |                                                                                                                          |
|----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                |                                                                                              | conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle                                                                        |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa No. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo*



*la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos previsionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos previsionales,*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse frente a la indexación de los valores anteriormente descritos por la jurisprudencia. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

Por último, en el recurso de alzada interpuesto por COLPENSIONES, solicita la absolución de las costas procesales. Para lo correspondiente, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P., aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló:

*“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

*“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

De esa forma, al haber sido evidente que tanto COLPENSIONES como PORVENIR S.A. fueron objeto de órdenes concernientes a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por consiguiente, el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, es palmario que deba imponérseles esta condena, adicional a que en las contestaciones de demanda se opusieron a las pretensiones.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES como quiera que los recursos de apelación no gozaron con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 para cada una de ellas y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas

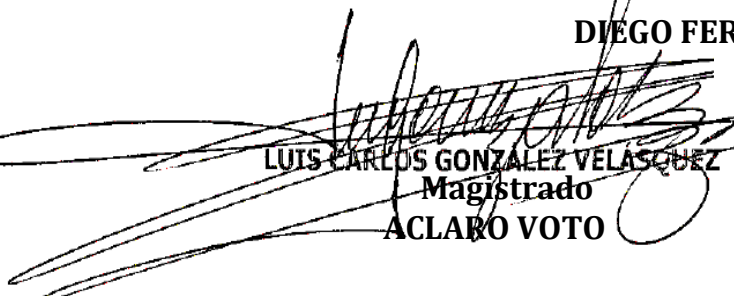


República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado  
**ACLARO VOTO**

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

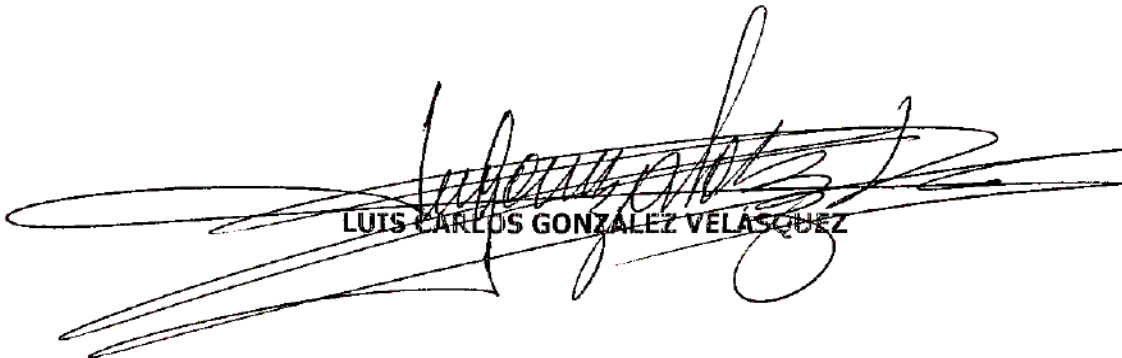
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 33 2022 00301 01 DE ISMAEL  
ENRIQUE DAZA CORREA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 34 2022 00025 01  
Demandante:                            ÁNGEL MARÍA RODRÍGUEZ BALLÉN  
Demandados:                          COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:            DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES al abogado JOHANN DAVID TAPIAS SALAZAR, identificado con cédula de ciudadanía 1.233.497.725 y T.P. 377.582 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 8 de noviembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor ÁNGEL MARÍA RODRÍGUEZ BALLÉN promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse la

ineficacia del traslado que efectuara del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su caso por intermedio de PORVENIR S.A.

Por consiguiente, se ordene a PORVENIR S.A. trasladarlo junto con el saldo de su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos con destino a COLPENSIONES, así como que se e ordene a esta última recibirlo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, manteniéndolo como afiliado sin solución de continuidad.

Que se le condene a las demandadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

Por último, como pretensión de índole subsidiario, pretende la declaratoria de la nulidad del traslado.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 22 de julio de 1981, efectuando traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1º de agosto de 2002 por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

Que al momento del traslado de régimen pensional, PORVENIR S.A. nunca le informó cuál sería el capital necesario para que pudiera ser beneficiario de la pensión de vejez, los requisitos mínimos para la obtención de la pensión mínima, no se le adujo nada acerca de la devolución de saldos.

Asimismo, relató que no se le efectuó una proyección entre ambos regímenes pensionales, como tampoco se le explicó una diferencia entre los mismos, entre otros aspectos desinformativos.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. contestó la demanda manifestando que al momento de la afiliación del actor ante sus dependencias se le brindó una información clara,



precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresó el funcionamiento, características y requisitos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma disposición normativa.

Que por tal razón, la decisión del demandante de suscribir el formulario de afiliación 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 114 de la misma norma y demás disposiciones que rigen la materia.

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

Por su parte COLPENSIONES adujo en su contestación que dentro del expediente no obra prueba que demuestre que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error ante la falta de un deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, como tampoco se observa dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que existió una inconformidad por parte del actor.

Formuló como medios exceptivos los denominados la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, devolución de la totalidad de los recursos y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 8 d noviembre de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR*** la ineficacia del traslado realizado el día 28 de junio de 2002, por demandante ANGEL MARIA RODRIGUEZ BALLEEN, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A.

***SEGUNDO: CONDENAR*** a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante ANGEL MARIA RODRIGUEZ BALLEEN, 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 y primas de seguros previsionales.

***TERCERO: DECLARAR*** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

***CUARTO: CONDENAR*** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la administradora de fondos de pensiones y cesantías AFP PORVENIR S.A., con motivo de la afiliación de ANGEL MARIA RODRIGUEZ BALLEEN, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES*** a cargo de las demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., liquídense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho en favor del demandante.

***SEXTO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.”***

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* señaló en síntesis que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 surgieron dos regímenes pensionales, esto es, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, los que coexisten y están administrados a través de entidades públicas y privadas, enfatizando que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad, los fondos de pensiones deben garantizar una adecuada asesoría a sus afiliados o potenciales afiliados, pues de ello depende la correcta elección del régimen

que más les convenga, por lo que desde su nacimiento los fondos de pensiones tiene a su cargo el deber de información el cual no se prueba con la suscripción del formulario de afiliación, o con los diferentes traslados horizontales que haya efectuado el afiliado.

De esa forma, señaló que en el plenario estaba acreditado el traslado de régimen pensional del actor; sin embargo, de las demás pruebas obrantes el expediente entre ellos del interrogatorio de parte del demandante no se evidencia confesión alguna sobre el cumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones primigenio, en esa medida, declaró la ineficacia del traslado, ordenó la devolución a COLPENSIONES por parte de PORVENIR S.A. lo concerniente a cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado, y sin conservar el derecho a retener los valores por cuotas de administración o primas de seguros previsionales.

Por último, adujo que en tratándose de ineficacia del traslado, resulta imprescriptible.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal para trasladarse de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, sumado al hecho que tampoco cumple con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en diferentes decisiones.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

#### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:*

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.



Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 28 de junio de 2002 (Fl. 28 – PDF 02 DEMANDA Y ANEXOS y fl. 84 – PDF 04 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado de manera oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor ÁNGEL MARÍA RODRÍGUEZ BALLÉN en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las*



*Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado al actor para el año 2002, una “*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar*

*a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que

deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos,*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:



*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá adicionarse y aclararse como quiera que no emitió condena alguna frente a la indexación de los valores anteriormente descritos por la jurisprudencia. En tal sentido, se dispondrá que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden,

los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. como quiera que el recurso de apelación no gozó con vocación de prosperidad en cuanto a no declarar la ineficacia de la afiliación aquí deprecada.

#### V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### RESUELVE:

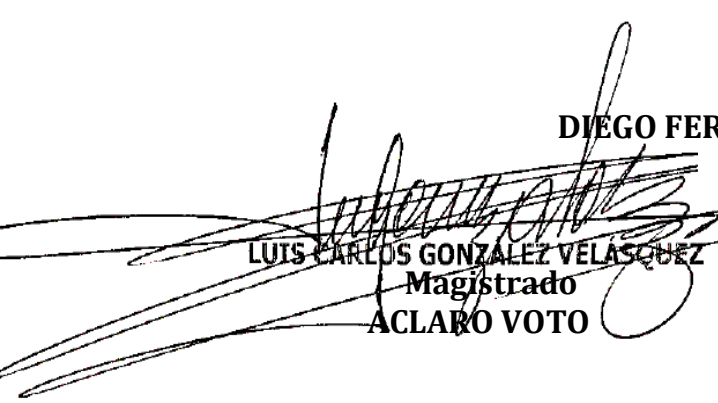
**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

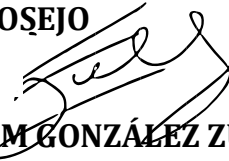
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

**ACLARO VOTO**





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

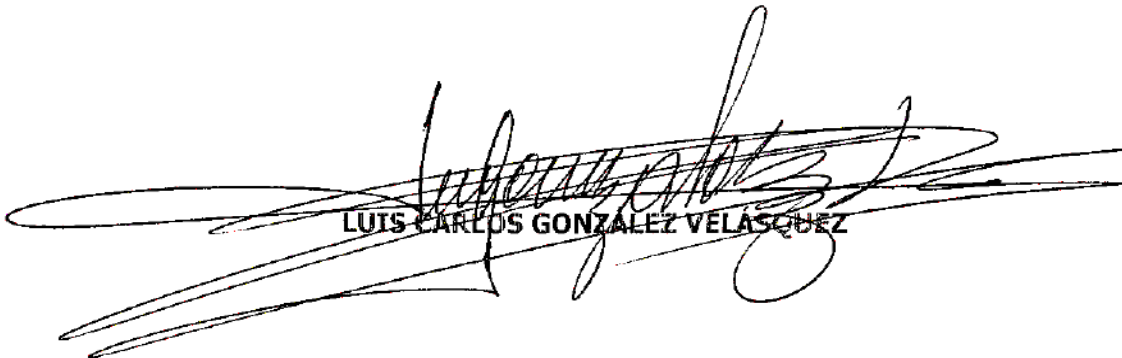
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 34-2022-00025-01 DE ÁNGEL  
MARÍA RODRÍGUEZ BALLÉN contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 36 2022 00028 01  
Demandante:                              MARICEL SUÁREZ RODRÍGUEZ  
Demandados:                              COLPENSIONES y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:              DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. a la abogada VANESSA GÓMEZ QUINTERO, identificada con cédula de ciudadanía 1.032.5090.355 y T.P. 409.053 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, en contra de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora MARICEL SUÁREZ RODRÍGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., a fin de declararse que

la vinculación a la referida AFP PORVENIR S.A. en el mes de diciembre de 2000 es inexistente e ineficaz, como quiera que la misma omitió y ocultó información acerca de las consecuencias que le generaría el traslado de régimen pensional, con lo que vició y afectó su consentimiento, generándole graves perjuicios a su derecho pensional y, en consecuencia, no nació a la vida jurídica.

Asimismo, se declare la ineficacia del traslado de régimen y afiliación a la AFP PORVENIR S.A, al igual que se declare que la afiliación válida es la efectuada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por intermedio de COLPENSIONES.

Por consiguiente, se le ordene a PORVENIR S.A. realizar el traslado de todos los aportes, cotizaciones y bonos pensionales a COLPENSIONES, con todos sus frutos y rendimientos que se hubiesen generado, sin que le sea posible descontar ningún valor por concepto de gastos de administración.

Que se condene al pago de la indemnización de que trata el artículo 2341 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2342 de la misma disposición normativa, el pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 4 de enero de 1964, afiliándose al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en el mes de junio de 1989.

Que en el mes de diciembre de 2000 fue abordada por funcionarios de la AFP PORVENIR S.A., quienes le indicaron en forma general que el ISS se acabaría, por lo que en caso de no trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad perdería los requisitos pensionales, de allí que se efectuara su traslado al régimen privado el 1º de enero de 2001.

Adujo que no fue asesorada e informada respecto de las diferencias de ambos regímenes pensionales, los beneficios, ventajas y desventajas o inconvenientes

del régimen privado, no se le realizaron proyecciones futuras de lo que podría ser su mesada pensional, entre otros aspectos de desinformación.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra, indicando que el traslado realizado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó de forma libre y voluntaria, siendo el actor quien deba probar el vicio en el consentimiento aludido, ello con la finalidad de auscultar si procede la ineficacia de la afiliación deprecada.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373-2021 y la innominada o genérica.

PORVENIR S.A. por su parte adujo en su contestación que al actor se le brindó una asesoría profesional y completa, donde se le brindó una información veraz, clara y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente.

Formuló como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 20 de noviembre de 2023, resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por MARICEL SUAREZ RODRIGUEZ del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 1º de mayo de 2000, a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.***

***SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Así como entregar, el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.***

***TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.***

***CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.***

***QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un millón de pesos (\$1.000.000).***

***SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”***

Para arribar a dicha conclusión, adujo la *a-quo* que el deber de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, la que en el literal d) del artículo 13 establece el derecho de libre elección de régimen pensional; además, el artículo 97 numeral 1º del Decreto 663 de 1993 establece el deber de información. A su vez, expuso que de conformidad con lo adocinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en inicio se había establecido que procedía la nulidad de traslado de régimen pensional cuando se comprobara que las administradoras de pensiones no habían acatado el deber de información antes enunciado, sin embargo, posteriormente en sentencia SL1421-2019 se dijo que las consecuencias de un traslado desinformado no era la nulidad del traslado sino

la ineficacia de este acorde lo establecía la Ley 100 de 1993, entre otras decisiones que constituían doctrina probable.

Seguidamente, expuso que al tenor de lo consagrado en la sentencia SL1055-2022, fueron traídas a colación unas sub reglas bajo el parámetro de la debida información que deben suministrar las administradoras pensionales a sus potenciales afiliados como son: (i) el cumplimiento del deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación, (ii) la carga probatoria consistente en acreditar el cumplimiento del deber de información se encuentra en cabeza de la AFP, (iii) no es necesario que la persona sea beneficiaria del régimen de transición para que proceda la ineficacia por el incumplimiento en el deber de información, (iv) no se requiere acreditar la configuración de un perjuicio, (v) el hecho tal de que un argumento del afiliado consista en que obtendrá una mejor pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida no implica que no proceda la ineficacia, (vi) el incumplimiento del deber de información no se analiza desde el régimen de las nulidades sino desde la ineficacia, (vii) aunque el afiliado se traslade entre AFP tal situación no desdibuja el cumplimiento del deber de información.

En ese orden ideas, concluyó que por pasiva, PORVENIR S.A. no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que resulta procedente la declaratoria de ineficacia a la luz de la normatividad vigente y lo asentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, junto con la devolución de los valores acumulados en la cuenta de ahorro individual, además de los rendimientos y bonos pensionales, los gastos de administración y comisiones, incluyendo los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

De otra parte, señaló que la acción de ineficacia del traslado de régimen era imprescriptible.

Finalmente, en lo que refiere a los perjuicios pretendidos por la demandante a título de indemnización, la operadora de instancia coligió que para la procedencia de los mismos deben encontrarse debidamente acreditados, situación que no ocurrió en el asunto *sub examine* como quiera que no se



desplegó ningún medio probatorio en aras de su demostración, absolviendo así sobre esta súplica.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la parte demandante la apeló. Indicó encontrar inconformidad frente a lo no declarado respecto del retroactivo, en la medida que se están viendo perjudicados sus derechos ciertos e indiscutibles, ello por cuanto se omitió abordar lo probado en el juicio ante la procedencia del mencionado retroactivo conforme las facultades *ultra y extra petita* con que contaba la falladora de instancia.

Que si bien fue demostrado el traslado arbitrario e ineficaz con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de PORVENIR S.A., en la actualidad cuenta con los requisitos debidamente cumplidos para que el derecho pensional surja sin ningún inconveniente, máxime si es procedente pensión de vejez desde la fecha en que se adquirió el estatus.

Por su parte PORVENIR S.A. argumentó en su alzada la absolución en lo que atañe a los rendimientos generados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues de llegarse a declarar la ineficacia del traslado es menester poner de presente que el acto nunca surgió, de ahí que sea improcedente trasladar rubros propios del régimen privado.

Asimismo, solicita no ordenar la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales durante el tiempo en que la actora estuvo vinculada ante sus dependencias, como quiera que por mandato legal y como administradora pensional incurrió en dichos conceptos de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ni mucho menos que la devolución deba darse de manera indexada debido a que se generaría un doble pago.

Que tampoco resulta oportuno el traslado de los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima conforme decisiones expuestas del Consejo de Estado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, por metodología en la resolución de los recursos interpuestos por las partes y el grado jurisdiccional de consulta en que se estudia el asunto a favor de COLPENSIONES, en primer lugar, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

Seguidamente, se auscultará acerca del retroactivo pensional con ocasión de una posible pensión de vejez frente a la aquí demandante señora MARICEL SUÁREZ RODRÍGUEZ.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que

denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro*

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

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara la demandante por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. 1º de marzo de 2000 (Fl. 37 – PDF 12 CONTESTACIÓN PORVENIR S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la aquí demandante señora MARICEL SUÁREZ RODRÍGUEZ en el interrogatorio de parte a ella practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información

suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativa</b> | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                  |
|---------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información      | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información,     | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009                                                                                                                                                                                                                                                    | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los                                                                                                                                                      |



|                                                                |                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| asesoría y buen consejo                                        | Decreto 2241 de 2010                                                                         | pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa No. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                             |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que la AFP PORVENIR S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos,** durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse, bajo el entendido que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**d. Del retroactivo pensional con ocasión de una posible pensión de vejez frente a la aquí demandante señora MARICEL SUÁREZ RODRÍGUEZ:**

Alude la demandante que le asiste derecho al reconocimiento y pago de una retroactivo pensional por ostentar el estatus de pensionada. A pesar de ello, de entrada advierte la Sala la improcedencia de su argumento, toda vez que confrontado el libelo genitor e inclusive lo decidido en la fijación del litigio por la falladora de instancia, tal aspecto no puede entrar a analizarse en esta instancia como quiera que no fue solicitado, ni mucho menos determinado como problema jurídico objeto de resolución, situación que inclusive iría en contra del principio de congruencia, así se consagró en la sentencia SL2895-2023, Radicación No. 95207 del 29 de noviembre de 2023.

**SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

## RESUELVE:

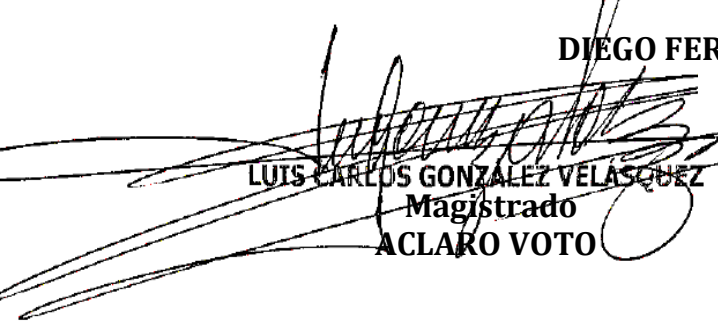
**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PORVENIR S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado  
**ACLARO VOTO**

  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

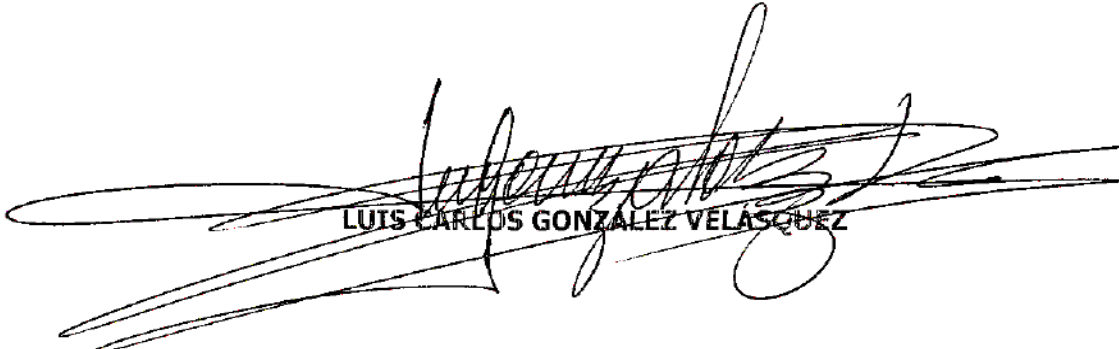
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 36 2022 00028 01 DE MARICEL  
SUÁREZ RODRÍGUEZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 38 2021 00190 01  
Demandante:                              CONSUELO MELO RODRIGUEZ  
Demandados:                              COLPENSIONES,      SKANDIA      PENSIONES      Y  
                                                                                 CESANTÍAS S.A. Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:      DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de PORVENIR S.A. al abogado MIGUEL ÁNGEL CADENA MIRANDA, identificado con cédula de ciudadanía 1.020.792.591 y T.P. 380.420 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

### **1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora CONSUELO MELO RODRIGUEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A., a fin de declararse la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con los demás traslados horizontales que efectuó en este último régimen y en consecuencia, se declare que siempre ha estado válidamente afiliada al régimen de prima media y que el traslado no produjo ningún efecto jurídico.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se condene a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que reposen en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, rendimientos, intereses y demás frutos generados y gastos de administración. Por último, pretende se condene a lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*, más las costas y agencias en derecho.

### **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de agosto de 1979 hasta el 30 de junio de 1994 y que asesores de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. sin brindarle información suficiente, promovieron su traslado a partir de agosto de 1994 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de dicho fondo.

Añadió que posteriormente se trasladó a COLFONDOS y en la actualidad se encuentra afiliada a SKANDIA S.A.; que radicó petición el 13 de febrero de 2019 ante POVENIR S.A., a efectos de obtener la documentación relativa a su traslado, ante lo cual ese fondo dijo no tener información al respecto. A su vez,

el 16 de mayo de 2019 solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado de régimen pensional, pedimento que fue despachado de forma negativa.

En otro giro, expuso que al momento de su traslado de régimen pensional no se le ilustró sobre las implicaciones que le conllevaría el cambio de régimen y tampoco se efectuaron proyecciones de su mesada en ambos regímenes, añadiendo que los asesores le indicaron que el ISS se iba a liquidar y por lo tanto podría perder las cotizaciones efectuadas a esa entidad. Además, destacó que, en caso de cumplir los requisitos mínimos para acceder a una prestación económica por vejez, en el régimen de prima media sería superior a la que obtendría en el régimen de ahorro individual, de ahí que, no se acredita que su consentimiento haya sido libre y espontáneo, y además debidamente informado, no solo respecto de la conveniencia, sino también sobre las consecuencias adversas del cambio de régimen. (f. 18 a 28 archivo 01)

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES refirió que la demandante por decisión propia solicitó el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación, voluntad que se ha visto ratificada con los más de 20 años realizando cotizaciones al régimen privado.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica. (archivo 12)

SKANDIA S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Al respecto, refirió que el 12 de diciembre de 2012 la actora suscribió formulario de vinculación a ese fondo como traslado de la AFP COLFONDOS, la cual se hizo efectiva el 1º de enero de 2013 y se encuentra vigente en la actualidad, y a ese

momento le era aplicable la prohibición legal de traslado. A su vez, expuso que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que al seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, aceptó todas y cada una de las condiciones del mismo, de acuerdo a lo normado en la Ley 100 de 1993, más si se tiene en cuenta que provenía de otro fondo privado.

En su defensa propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, respecto de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., decisión que se declaró probada en audiencia llevada a cabo el 2 de mayo de 2023, oportunidad en la que se dispuso la vinculación a la litis de dichos fondos y su notificación.

Asimismo, propuso las excepciones de mérito que denominó actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada 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 de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. (f. 3 a 18 archivo 13).

En cuanto al llamamiento en garantía que elevó SKANDIA S.A., frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aduciendo que, en caso de ser condenada, esa aseguradora deberá reembolsar los valores pagados por concepto de seguro previsional; fue aceptado mediante auto de 17 de agosto de 2022. (f. 67 a 74 archivos 13 y 23).

En esa medida, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., señaló que no se oponía ni se allanaba a las pretensiones de la demanda, sin embargo, refirió

que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria, por ende, la actora en autonomía de su voluntad eligió el régimen en el cual quería estar por lo que el acto jurídico mediante el cual se afilió es lícito.

En su defensa propuso las excepciones de las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “*autonomía de la voluntad*”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación de los actos jurídicos de afiliación de la demandante al rais y posterior traslado horizontal, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia, y reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 2 a 11 archivo 26).

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía, se opuso a las mismas, bajo el argumento de que el objeto del seguro previsional regulado en los artículos 20, 60, 70, 77, 108 y 109 de la Ley 100 de 1993, consiste en que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente. Adicionalmente, sostuvo que el objeto de las pretensiones de la demanda no guarda identidad con el objeto del seguro; por lo que es imposible que tenga que responder por las consecuencias de la sentencia.

Como excepciones de mérito del llamamiento propuso las que nombró como el llamamiento en garantía a MAPFRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A. carece de amparo o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA, MAPFRE, no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los

riesgos estuvieron efectivamente amparados, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante SKANDIA S.A. y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, reconocimiento oficioso de excepciones. (f. 11 a 23 archivo 26).

La litisconsorte necesaria PROTECCION S.A. se opuso a las pretensiones del *petitum*, argumentando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la promotora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones tanto en cabeza del fondo como de la afiliada, manifestación de voluntad que estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, lo que constituye una manifestación inequívoca de trasladarse a ese fondo.

Formuló como medios exceptivos los 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, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y aplicación del precedente sobre actos de relacionamiento al caso en concreto. (f. 1 a 25 archivo 37).

Por autos adiados el 24 de mayo de 2022 y 8 de noviembre de 2023, el Juzgado de origen tuvo por no contestada la demanda a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. (archivos 19 y 40)

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**



El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 12 de diciembre de 2023, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora CONSUELO MELO RODRÍGUEZ con destino a AFP HORIZONTE hoy A.F.P. PORVENIR S.A. con ocasión de la suscripción del formulario de afiliación el 09 de junio de 1994, en un escenario de traslado de régimen pensional. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que en conjunto con las administradoras de pensiones PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. adelante las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar a la demandante en condición de afiliada, en el Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, y a trasladar al este régimen, los recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS, durante el tiempo que estuvo irregularmente vinculada a este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Siendo pertinente señalar que las accionadas, contarán con un término de 30 días a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y solo en caso de ser insuficientes, los saldos que eventualmente resulten insolutos, se pagaran con cargo a los recursos propios de las A.F.P. SKANDIA S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., en proporción al tiempo al que estuvo afiliada la demandante a cada una de estas administradoras, sin lugar de descuento alguno, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.*

*TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas, respecto de las determinaciones adoptadas, en punto de la ineficacia de la afiliación y sus consecuencias, y se considera relevado del estudio de las planteadas frente a lo solicitado en el marco del llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.*

*CUARTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas en el marco del llamamiento en garantía.*

“[...]

Para arribar a dicha conclusión, el operador de instancia indicó que estaba acreditado que la gestora se había traslado de régimen pensional hacia HORIZONTE y que además se trasladó de manera horizontal a los fondos de pensiones ING, COLFONDOS Y SKANDIA; a su vez, mencionó que conforme lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a las AFP suministrar a sus potenciales afiliados una información detallada y suficiente sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación, carga probatoria que en el *sub-examine* no se logró demostrar por parte de la AFP PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, máxime si se tiene en cuenta que la demandante dentro del interrogatorio de parte no confesó que se le hubiese brindado una información completa respecto de las características de ambos regímenes al tenor de lo preceptuado por la Alta Corporación.

Por tal razón, ordenó a los fondos demandados que en conjunto con COLPENSIONES, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reembolsar al régimen de prima media con prestación definida los recursos percibidos por las referidas administradoras durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad, recursos que por demás deberán ser devueltos debidamente indexados.

En lo que atañe al llamamiento en garantía efectuado por SKANDIA, adujo el *a-quo* que no se acredita en el proceso que la aseguradora deba asumir las consecuencias que respecto de ese fondo se deriven, más si se tiene en cuenta que durante la afiliación de la activa a esa administradora ha estado cubierta frente a las contingencias para las cuales se contrató dicho seguro, aunado a que la jurisprudencia ha sostenido que son los fondos privados quienes de su propio peculio deben asumir tales rubros, absolviendo a MAPFRE. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR y a SKANDIA a favor de MAPFRE.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. la apeló. Solicita en su alzada se revoque el fallo de primera instancia, respecto a la declaratoria de ineficacia y la consecuencial condena impuesta en contra de ese fondo; por cuanto los gastos de administración que se ordenan trasladar, tiene una destinación específica por mandato legal la cual cumplió debidamente, ya fueron invertidos como lo dispone la ley, y por ende no se encuentran en su poder, rubros que fueron destinadas a cubrir los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos de la cuenta individual de la demandante, lo que genero rendimientos a favor de ésta. De modo que, en caso de insistirse en tal orden, es necesario utilizar el descuento de la restitución mutua.

Además, actualmente SKANDIA administra unos recursos ostensiblemente aumentados, por tanto tiene derecho a una compensación económica y no un traslado plano de los recursos hacia COLPENSIONES, pues de otra forma se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de esa entidad. En cuanto a los dineros destinados a los seguros de invalidez y sobrevivencia, cumplieron su finalidad por lo que no procede su devolución, aunado a que tampoco esas sumas están en su poder. Finalmente, adujo que es improcedente la condena a la indexación, toda vez que al proceder el reintegro de los rendimientos los cuales son sumas actuales, ello equivale a una doble condena.

COLPENSIONES en su alzada, sostuvo que el artículo 83 de la constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe, por lo que la afirmación de la gestora de que los fondos privados la hicieron incurrir en error y no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear el traslado de régimen, impone que deba desvirtuar la buena fe de los fondos privados.

En esa medida, indica que solo a partir del año 2016 surgió el deber de información, sin que anteriormente se exigiera nada diferente al documento

de afiliación, por lo que no es dable exigir cargas adicionales a las previstas en la ley. Además, la vinculación a uno u otro régimen pensional genera obligaciones recíprocas, tal y como lo establece el art. 1495 del Código Civil, las cuales también están en cabeza del afiliado. Además, expuso que el eventual traslado del régimen pensional de la demandante afecta el sistema financiero del régimen de prima media, dado que ello genera una carga para los demás afiliados, por lo que solicita se revoque el fallo de instancia.

Entre tanto, SKANDIA en su impugnación solicita se revoque la condena referente a que todos los conceptos de la cuenta individual de ahorro de la demandante sean en retornados al régimen de prima media indexados, junto con los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales. Sobre la indexación dijo que su objeto específico se ha indicado en la sentencia SL359 de 2021, por ende, al ser el presente asunto una ineficacia de la afiliación y no haberse reconocido ninguna prestación económica a la actora no hay lugar a indexar ningún rubro, pues ello ocasionaría un perjuicio económico a ese fondo, agregando que a razón de la ineficacia los rubros a retornar se deben dar en los mismos términos como si nunca se hubiese dado el traslado de régimen, más cuando tal condena no se solicitó y se está fallando *extra petita*.

Frente a los seguros previsionales, las comisiones y los gastos de administración, señaló que ya dio el uso que la ley impone a dichos rubros y la gestora estuvo cubierta ante los riesgos de invalidez y sobrevivientes a través de la póliza que tomo con MAPFRE, por lo que de confirmarse la condena impuesta en tal sentido, la misma debe ser impuesta a esa aseguradora, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor del régimen de prima media.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los*

*jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación por medio del cual la demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 9 de junio de 1994, asimismo, yacen las afiliaciones efectuadas a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. el 26 de febrero de 1994 y a SKANDIA S.A. el 12 de diciembre de 2012, brillando por su ausencia los formulario de afiliación a COLFONDOS el 8 de enero de 1999, ING hoy PROTECCIÓN el 16 de noviembre de 1999 y COLFONDOS el 28 de julio de 2011, vinculaciones que según el reporte SIAFP se hicieron efectivas el 1º de julio de 1994, 1º de mayo de 1997, 1º de marzo de 1999, 1º de enero de 2000, 1º de septiembre de 2011 y el 1º de febrero de 2013. (f. 35 archivo 01, f. 33 y 61 archivo 13 y f. 47 archivo 37).

Formularios que, si bien refieren que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acreditan que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.*

Igualmente, la demandante CONSUELO MELO RODRIGUEZ en el interrogatorio de parte a ella, refirió que su traslado se dio en el año 1994 estando al servicio de la Aseguradora Gran Colombiana, lugar a donde se presentó la AFP Horizonte para llevar acabo el traslado de régimen pensional, agregando que le dijeron que no era beneficiaria del régimen de transición y que se podía pensionar con un 70% adicional de lo que se pensionaría en Colpensiones, por lo que suscribió el formulario de afiliación; precisó que su afiliación a ese fondo obedeció a que pertenecía al grupo empresarial de su empleador, sucediendo lo mismo con su afiliación a Davivir hoy Protección; en cuanto a afiliación a Skandia señaló que le dijeron que obtendría más rentabilidad por parte de ese fondo, igualmente, sostuvo que antes de los 47 años no intentó retornar al anterior régimen porque estaba convencida de los beneficios que le había ofrecido el fondo primigenio.

De allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido*

*refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 1994, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón al fallador de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que la AFP PORVENIR S.A. antes HORIZONTE no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración respecto de los cuales PORVENIR y SKANDIA hacen alusión en su alzada, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión, resultando así imprósperos los argumentos de los fondos privados sobre el particular, entre ellos el de imponer la carga de su devolución a la aseguradora llamada en garantía.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera en lo que atañe a COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente



es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.** Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el***



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

***porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.***

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que la decisión de primer grado habrá de confirmarse en lo que atañe a la prosperidad de la ineficacia del traslado que realizó la demandante con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

No obstante, la sentencia de primera instancia habrá de modificarse parcialmente, en la medida que, si bien el fallador de instancia determinó la ineficacia del traslado y la consecuente devolución con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de ciertos rubros de manera indexada, lo cierto es que no detalló en la parte resolutive cuáles eran los rubros y los que eran objeto de indexación.

En tal sentido, se condenará a SKANDIA S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como la devolución de los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo

de garantía de pensión mínima, debidamente retornar indexados y con cargo a sus propios recursos lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente, se condena a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, PROTECCIÓN S.A. antes ING y/o DAVIVIR, y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas que descontó a la gestora en porción del tiempo en que permaneció afiliada a esas administradoras por los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de diciembre de 2023, en el sentido de precisar que condena a SKANDIA S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y bonos pensionales, así como los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debiendo retornar de forma indexada y con



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

cargo a sus propios recursos lo correspondiente a gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Igualmente, se condena a PORVENIR S.A. antes HORIZONTE, PROTECCIÓN S.A. antes ING y/o DAVIVIR, y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas que descontó a la gestora en porción del tiempo en que permaneció afiliada a esas administradoras por los conceptos de gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primer grado.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**ACLAARO VOTO**

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

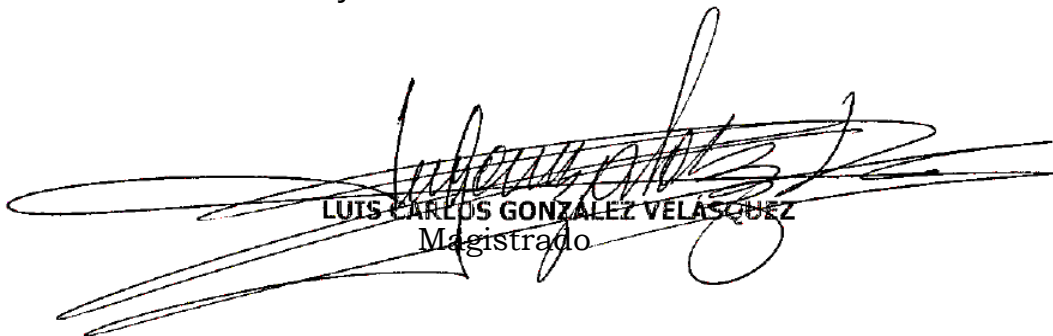
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 38 2021 00190 01 DE CONSUELO  
MELO RODRIGUEZ contra COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y  
PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 43 2023 00328 01  
Demandante:                              ADRIANA MARÍA PARDO JARAMILLO  
Demandados:                              COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**              **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 14 de diciembre del 2023 por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

La señora ADRIANA MARÍA PARDO JARAMILLO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse la ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. el 10 de enero de 2004.

Como consecuencia de tal declaración, pretende se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros que reposen en su cuenta

individual de ahorro, junto con sus rendimientos, gastos de administración y bonos pensionales debidamente indexados. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES que adelante las acciones tendientes a anular el mencionado traslado de régimen y la reciba como afiliada en el régimen que administra sin solución de continuidad, se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra* y *extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, refirió que nació el 25 de marzo de 1962 y realizó cotizaciones por medio de diversos empleadores al Instituto de Seguros Sociales en donde alcanzó un total de 350 semanas; además mencionó que el 10 de enero de 2004 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A., sin que tal decisión estuviese precedida de una debida ilustración por parte de ese fondo frente a las ventajas, desventajas y consecuencias que conllevaba el traslado de régimen pensional, por el contrario dicho traslado se caracterizó por la nula información respecto al monto y la forma como se liquidaría la mesada pensional.

Añadió que desde su afiliación al régimen de ahorro individual y hasta el 28 de febrero de 2023, ha cotizado un total de 896 semanas, es decir, que acredita un total de 1247 semanas en ambos regímenes y que no fue informada sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión. Finalmente, refirió que en abril de 2023 solicitó a las demandas su traslado de régimen pensional. (f. 3 a 12 archivo 01).

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones del libelo introductorio, aduciendo que la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., cumpliendo con los requisitos establecidos por las sentencias C-1024 de 2004 y C-789 de 2002, que analizan en el artículo 2 de Ley 797 de



2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que regula la posibilidad de traslado de aportes pensionales entre regímenes.

Propuso como excepciones de fondo las de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, la innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (f. 4 a 36 archivos 04).

PORVENIR S.A. contesto con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que no existe una causal legal para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que en la afiliación realizada a ese fondo no existe vicio en el consentimiento, por tanto, esta goza de plena validez jurídica, llevándose a cabo de manera libre, voluntaria y sin presiones, agregando que el correspondiente asesor suministró la debida información de forma detallada, clara, precisa y oportuna respecto a los efectos jurídicos existentes.

Como excepciones propuso las de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas y prescripción. (f. 3 a 20 archivo 05)

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 14 de diciembre de 2023, resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ADRIANA MARIA PARDO JARAMILLO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a Trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante ADRIANA MARIA PARDO JARAMILLO, como cotizaciones,*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos. Asimismo, debe devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora ADRIANA MARIA PARDO JARAMILLO al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS los supuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.*

*QUINTO: COSTAS a cargo de la PORVENIR S.A. y en favor de la demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. No condenar en costas a COLPENSIONES.*

*SEXTO: Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Labora, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES."*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora judicial de instancia comenzó por explicar que los artículos 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 dan cuenta de la existencia de dos regímenes pensionales, que su elección debe ser libre, voluntaria y por escrito y que la vulneración a tal derecho conlleva a la ineficacia de dicha afiliación. Además destacó que para que esa elección sea voluntaria y libre debe estar precedida de una debida información por parte del fondo privado, tal como lo ha enseñado la amplia jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, obligación que impera para todos los afiliados y no solo los que sean beneficiarios del régimen de transición.

Seguidamente, señaló que los fondos privados deben informar las características, ventajas, desventajas y las consecuencias que le implicaría al potencial afiliado el traslado de régimen, lo cual no se suple con la simple suscripción del formulario de afiliación, carga de la prueba que esta cargo del fondo privado. Así las cosas, al verificar diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos el interrogatorio de parte rendido por la actora, concluyó que no se había acreditado el deber de información por parte de PORVENIR S.A., por ende, declaró la ineficacia del

traslado, y ordenó la devolución de todos los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorro de la gestora a COLPENSIONES, declaró no probada la excepciones de propuestas, entre otras, la de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A la apeló, Al respecto, solicita se revoque la sentencia de instancia, en lo referente a la indexación ordenada, dado que se trata de una doble condena pues este concepto se compensa con los rendimientos causados, además sostuvo que los gastos de administración no han perdido su poder adquisitivo y por el contrario lograron incrementar el saldo de la cuenta individual de ahorro de la actora, por lo que ordenar la indexación de los gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

En cuanto a la condena en costas, sostuvo que en esta clase de procesos no opera, y que no puede negarse a concurrir al mismo, aunado a que no le era dable autorizar el traslado en virtud de la prohibición legal de traslado consagrada en la ley.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoquen las condenas impuestas en contra de esa entidad, ya que la gestora efectuó aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad por mas de veinte años, lo que reafirma su condición de afiliada al mismo y su voluntad de pertenecer en este. De otro lado, indicó que la actora se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, decisión que atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema según lo ha referido la Corte Constitucional.

De otra parte, destaco que en el presente asunto la demandante no persigue una ineficacia del traslado por falta al deber de información, sino que su motivación refiere a un interés económico en atención al valor de la mesada que percibiría en el régimen que administra.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

**a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.



En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*



En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a través del cual la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad por medio de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 27 de noviembre de 2003, vinculación que se hizo efectiva el 1º de enero de 2004, según el reporte SIAFP. (f. 107 y 129 archivo 05). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, la demandante señora ADRIANA MARÍA PARDO JARAMILLO en el interrogatorio de parte a ella practicado, refirió que un asesor de PORVENIR la visitó en varias ocasiones en su consultorio, pero dadas sus ocupaciones laborales no le fue posible atenderlo por lo que la visitó en su residencia, relató que le manifestó que esa administradora le ofrecía mejores condiciones para acceder a su pensión, que el ISS sería liquidado y cuando se fuera a pensionar no tendría los recursos para acceder a esa prestación, que eso fue a finales de 2003 lo cual recuerda porque para ese año había fallecido su cónyuge; destacó que en esa ocasión el asesor convenció a su empleada y ambas se afiliaron, situación que incluso en la actualidad le ha traído problemas con esta persona,



porque no se ha podido pensionar, de otro lado, señaló que el asesor fue quien diligenció el formulario.

Narró que no conoce las condiciones del régimen de prima media, que recientemente un asesor de COLPENSIONES le manifestó que su pensión sería mejor en esa administradora, y que su motivación para trasladarse es que las condiciones que le ofrecieron no son reales, además, un asesor del fondo privado le indicó que el monto de la pensión que percibiría en ese fondo sería irrisoria, lo que no se acompasa con el valor de los aportes que ha efectuado.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, por ende, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| Etapas acumulativas  | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información                                                                                      | Contenido mínimo y alcance del deber de información                                                                                                                                              |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la |



|                                                                |                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                | Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                                                                                                                                                                                                                  |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa No. 016 de 2016                                  | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2003, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la juzgadora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración sobre los cuales en fondo privado hace alusión, debe memorarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

En lo atinente a la inconformidad que presenta PORVENIR respecto a la condena en costas, debe indicarse que el artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., establece la imposición de esta figura para la parte vencida en juicio, luego, al haber sido evidente que esa accionada se opuso a las pretensiones de la demanda, es claro para la Sala la prosperidad de la condena en costas. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2461-2021, Radicación No. 82211 del 8 de junio de 2021, señaló sobre el particular:





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“Por último, en cuanto a las costas, basta remitirse al artículo 392 del CPC, hoy 365 del CGP, norma a la que se acude por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, para rectificar que tal condena procede frente a la parte vencida en el litigio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación. súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.*

*“En tal virtud, como en primera instancia la vencida en juicio fue la accionada, en cuanto prosperó la pretensión subsidiaria de pagar la devolución de saldos y a ella se opuso dicha entidad al contestar el libelo inicial, la decisión del Juzgado de condenarla en costas se ajusta a derecho; máxime que se trata de un imperativo legal o causa objetiva, lo que implica que se impone tal condena a la parte vencida, sin que sea necesario entrar a analizar el actuar el perjudicado o la razón”.*

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, entre otros, la indexación sobre algunos rubros, lo siguiente:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados" (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia. En consecuencia, se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

#### V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

#### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones antes expuestas.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

**ACLARO VOTO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 43 2023 00328 01 DE ADRIANA  
MARÍA PARDO JARAMILLO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 44 2023 00308 01  
Demandante:                              ADRIANA MONCADA FONSECA  
Demandados:                              COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.  
**Magistrado Ponente:**              **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada con cédula de ciudadanía 1.073.680.314 y T.P. 215.205 del C. S. de la Judicatura, en los fines y términos del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida el 28 de noviembre del 2023 por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

La señora ADRIANA MONCADA FONSECA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con la finalidad de declararse la ineficacia del traslado que efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de PORVENIR S.A. el 1º de enero de 2001. Asimismo, se declare que nunca se trasladó de régimen y permanece válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida.

Como consecuencia de tales declaraciones, pretende se ordene a las demandadas efectúen las gestiones administrativas tendientes a declarar ineficaz el traslado de régimen, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que reposen en su cuenta individual de ahorro, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno por gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni cualquier otro concepto. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES active su afiliación en el régimen que administra, recibe los citados rubros, corrija y actualice su historia. Por último, pretende se condene en costas y agencias en derecho, más lo que resulte probado en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus aspiraciones, refirió que nació el 22 de mayo de 1966, que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través del ISS el 23 de septiembre de 1988 en donde alcanzó un total de 603 semanas; el 1º de enero de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de PORVENIR S.A., advirtiendo que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad, ya que no suministró información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen y de la posibilidad de trasladarse antes de estar a diez años de la edad de pensión.

Añadió que acredita 843 semanas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y un total de 1.446 semanas cotizadas en ambos regímenes; y que

el fondo privado le informó que su mesada en ese régimen ascendería a \$2.473.400, entre tanto, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sería de \$5.231.651. En esa medida, solicitó a las encartadas el 19 de mayo de 2023 la ineficacia de su traslado de régimen. (f. 2 a 17 archivo 01).

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

PORVENIR S.A. contesto con oposición a las pretensiones de la demanda, indicando que actora se trasladó una vez recibió información transparente y necesaria, lo que le permitió compararla con el conocimiento que tenía del régimen de prima media con prestación definida por haber pertenecido a él, para así tomar la mejor decisión de acuerdo con sus intereses pensionales, de lo cual da cuenta el formulario de afiliación.

Como excepciones propuso las de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, prescripción y compensación. (f. 3 a 29 archivo 10)

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que no obra prueba alguna que dé cuenta que a la demandante se le hizo incurrir en error por parte del fondo privado, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia nota de protesto que permita inferir inconformidad alguna por parte de la gestora, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente deja de presente que la gestora se encuentra incurso en la prohibición legal de traslado de régimen.

Formuló como excepciones de fondo las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (f. 2 a 47 archivos 11).



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 28 de noviembre de 2023, resolvió:

*“PRIMERO DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante ADRIANA MONCADA FONSECA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de ADRIANA MONCADA FONSECA, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados, por las razones expuestas.*

*TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora ADRIANA MONCADA FONSECA en el Régimen de Prima Media como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual.*

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

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y como agencias en derecho medio salario mínimo legal mensual vigente.*

*SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.”*

Para arribar a dicha conclusión, la operadora judicial de instancia señaló que eran sustento de su decisión los artículos 48 de la Constitución Política, el artículo 1508 y 1604 del C.C., los artículos 2, 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y la jurisprudencia emanada por el órgano de cierre de esta especialidad sobre el tema, además explico que el presente asunto de acuerdo debe ser abordado

desde el ámbito de las ineficacias y no de las nulidades según la jurisprudencia, igualmente, sostuvo que la elección de régimen pensional debe ser libre, voluntaria y por escrito y que la vulneración a tal derecho conlleva a la ineficacia de dicha afiliación, al no ser una voluntad informada sobre las consecuencias que le conlleva tal decisión.

Seguidamente, señaló que los fondos privados deben informar las características, ventajas, desventajas y las consecuencias que le implicaría al potencial afiliado el traslado de régimen, lo cual no se constata con la simple suscripción del formulario de afiliación, carga de la prueba que está a cargo del fondo privado.

Así las cosas, al verificar diferentes medios de prueba recaudados en el trámite procesal, entre ellos el interrogatorio de parte rendido por la actora, concluyó que en efecto la gestora se había trasladado de régimen, empero, no se había acreditado el deber de información por parte de PORVENIR S.A., por ende, declaró la ineficacia del traslado, y ordenó la devolución de todos los emolumentos que obren en la cuenta individual de ahorro de la gestora a COLPENSIONES, declaró no probada la excepción de propuestas, entre otras, la de prescripción y condenó en costas a PORVENIR S.A.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión la demandada PORVENIR S.A. la apeló. Al respecto, solicita se revoque parcialmente la sentencia de instancia en lo referente a la indexación que se ordena, acotando que dentro de sus obligaciones está la de mantener la rentabilidad de las cuentas de cada uno de sus afiliados, lo cual en efecto sucedió con la cuenta de la promotora, por ende, al no sufrir depreciación alguna, no es viable tal condena ya que este concepto está compensado con los rendimientos producidos tal como lo sostuvo el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali.

COLPENSIONES en su alzada solicita se revoquen las condenas impuestas en contra de esa entidad, ya que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, dado que esa entidad es un tercero que no tuvo injerencia en el acto jurídico celebrado entre la actora y el fondo privado, el cual solo produce



efectos inter partes, por lo que no puede verse perjudicada con las condenas emitidas en primera instancia, lo cual afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. Finalmente, solicita que, en caso de confirmarse la condena, debe condenarse al fondo privado a pagar los perjuicios que le ocasiona tal decisión.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

##### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

##### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó la demandante.

##### **c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo

estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.*

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación a través del cual la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de PORVENIR S.A. el 8 de noviembre de 2000, vinculación que se hizo efectiva el 1º de enero de 2001, según el reporte SIAFP. (f. 107 y 109 archivo 10). Formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntaria, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, “Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”.

Por otra parte, la demandante señora ADRIANA MONCADA FONSECA en el interrogatorio de parte a ella practicado, refirió que estando al servicio de ETB, fue informada por el área de recursos humanos que serían visitados por asesores de los fondos, en virtud de ello, el asesor les habló de la difícil

situación que atravesaba el ISS, que ya varios de sus compañeros se habían trasladado y que eran la mejor opción para no perder las semanas que tenían cotizadas, dado que en su caso ya tenía diez años cotizados, además precisó que la reunión fue muy corta y que el formulario ya estaba diligenciado por el asesor, que su motivación para iniciar la presente acción es que el fondo le informó que el valor de su mesada sería muy inferior al valor de sus aportes lo cual no le permite sufragar sus gastos de manutención.

De lo expuesto, palmario es que no se advierte confesión alguna sobre el pleno suministro de una debida información, luego, al ser el formulario de afiliación la única prueba relevante que advierta una información de PORVENIR S.A. al momento del traslado de la demandante, por ende, según lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es evidente la carencia probatoria de esa encartada para soportar la inversión de la carga de la prueba que le asiste, lo cual por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*

| <b>Etapas acumulativas</b> | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                               | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información       | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |



|                                                                            |                                                                                                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|----------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                            | información, no<br>menoscabo de derechos<br>laborales y autonomía<br>personal                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| Deber de<br>información,<br>asesoría y buen<br>consejo                     | Artículo 3º, literal c) de la<br>Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                              | Implica el análisis previo,<br>calificado y global de los<br>antecedentes del afiliado y los<br>pormenores de los regímenes<br>pensionales, a fin de que el<br>asesor o promotor pueda<br>emitir un consejo, sugerencia o<br>recomendación al afiliado<br>acerca de lo que más le<br>conviene y, por tanto, lo que<br>podría perjudicarle |
| Deber de<br>información,<br>asesoría, buen<br>consejo y doble<br>asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto<br>2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016<br>de 2016 | Junto con lo anterior, lleva<br>inmerso el derecho a obtener<br>asesoría de los representantes<br>de ambos regímenes<br>pensionales.                                                                                                                                                                                                      |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la juzgadora de instancia al declarar la ineficacia del traslado, dado que PORVENIR S.A., no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen de la promotora.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, debe memorarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración al principio de sostenibilidad financiera al declararse la ineficacia del traslado, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

*del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones,



rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado entre otras, en sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia, entre ellos el de la indexación de algunos conceptos, lo siguiente:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, dimana con claridad que no erró la *a-quo* en la decisión de primera instancia, debiendo además señalarse que la condena por perjuicios que reclama COLPENSIONES en su alzada no es factible en tanto no fue un asunto debatido en el trámite procesal. Sin embargo, estima la Sala necesario modificar la sentencia de instancia, en el sentido de precisar que los valores que deben ser indexados al momento del pago por parte de PORVENIR S.A., aluden a los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en lo demás habrá de confirmarse la sentencia de primer grado.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

#### **V. DECISIÓN:**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de precisar que las sumas que debe retornar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES de forma indexada corresponde a las primas de seguros previsionales, gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por las razones antes expuestas.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**



**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado



**LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ**  
Magistrado  
**ACLARO VOTO**



**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 44 2023 00308 01 DE ADRIANA  
MONCADA FONSECA contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Ordinario Laboral                      1100131050 46 2023 00142 01  
Demandante:                            MAURICIO BETANCOURT AGUDELO  
Demandados:                          COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.  
**Magistrado Ponente:**            **DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**AUTO:**

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la abogada MARÍA FERNANDA FLÓREZ PEDRAZA, identificada con cédula de ciudadanía 1.098.758.882 y T.P. 360.530 del C. S. de la Judicatura, en los términos y fines del poder conferido.

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2023 por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

Igualmente, el presente proceso se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor MAURICIO BETANCOURT AGUDELO promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., a fin de declararse la



ineficacia de la afiliación realizada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por intermedio de la mentada AFP PROTECCIÓN S.A., como consecuencia de la omisión de información, así como que se declare que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliado en el régimen privado.

Por consiguiente, se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Asimismo, se le ordene a PROTECCIÓN S.A. efectuar el cumplimiento de la sentencia en el improrrogable término de 2 meses, al igual que se le ordene a COLPENSIONES actualizar y normalizar su historia laboral una vez recibidos los dineros e información de las semanas trasladadas por el fondo privado en pensiones.

Por último, que se condene a las encartadas al pago de costas procesales y lo que resulte probado de manera *ultra y extra petita*.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones, mencionó que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. en el mes de septiembre de 1995, cuando recibió en su puesto de trabajo la visita de un promotor comercial de la AFP, sin que la misma no contara con un personal experto.

Que por tal razón, la información que se le ofreció en su momento para trasladarse se limitó a aspectos tales como que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad permitía una pensión a cualquier edad y que el ISS se extinguiría, de allí que a través de engaños y omisión en la información suministrada, lo indujo al error para la suscripción del formulario de afiliación.

Por último, mencionó que nunca le suministraron información correspondiente y comparativa de ambos regímenes pensionales, no se le comunicó que el valor de la pensión en el régimen privado dependería de su edad, entre otros aspectos de desinformación.

### **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para lo pertinente que al momento en que se expidió la Ley 100 de 1993 el demandante tenía la posibilidad de escoger cualquiera de los regímenes pensionales que fueron creados, resultando que, con la suscripción del formulario de afiliación con destino a PROTECCIÓN S.A., el actor tomó la decisión de manera libre y espontánea de trasladarse y permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. mencionó que en lo que concierne a la afiliación del demandante ante sus dependencias, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como quiera que el formulario de afiliación fue suscrito de manera libre y voluntaria, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones.

Formuló como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la de 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 derecho de terceros de buena fe.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 25 de octubre de 2023, resolvió:

***“PRIMERO.- DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por MAURICIO BETANCOURT AGUDELO con destino a la AFP Protección SA, el 25 de septiembre de 1995; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión.***

***SEGUNDO.- ORDENAR a la AFP Protección SA el traslado de todos los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante por concepto de cotizaciones con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos tres rubros debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en esa 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 justifique. Para lo cual, se le concederá un plazo de 30 días a la AFP Protección SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.***

***TERCERO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en el ordinal anterior y a mantener la afiliación de MAURICIO BETANCOURT AGUDELO como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral.***

*“[...]*

Para arribar a dicha conclusión, la *a-quo* expuso que, en casos como el presente, se aplica la carga dinámica de la prueba, la cual está en cabeza de la AFP demandada, quien debe acreditar que brindó al afiliado toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular por haber sido la que impulso el traslado de régimen, ello conforme lo normado en el artículo 167 del C.G.P.

Teniendo en cuenta lo anterior, al analizar los medios de prueba aportados al proceso, concluyó que no se demostró el deber de información por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., pues en el interrogatorio de parte que depuso el demandante, no manifestó haber recibido información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, pues debe el fondo privado informar sobre las condiciones de cada régimen aplicables a cada caso en particular y de cómo impacta en su situación pensional, lo cual no se prueba con el formulario de afiliación que suscribió al trasladarse de régimen, por ende, declaró la ineficacia del traslado.

En esa medida, dispuso la consecuencial devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES de los emolumentos causados en virtud de la ineficacia de dicho acto jurídico. Además, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:**

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la apeló. Argumentó en su alzada que, como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en ningún momento participó en ningún trámite que conllevara el traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sumado al hecho que al tenor del artículo 167 del C.G.P., al señor MAURICIO BETANCOURT AGUDELO era a quien le correspondía probar lo de su cargo.

### **IV. CONSIDERACIONES:**

#### **a. Trámite de segunda instancia:**

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones.

#### **b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional que realizó el demandante.

**c. Del caso en concreto:**

Para desatar el problema jurídico planteado, debe memorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, para la protección de aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia el accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadido de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho

irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un*

*beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”,* criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:

*“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.*

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

*“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”.*

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse o si se es o no beneficiario del régimen de transición, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso fue aportado el formulario de afiliación que efectuara el demandante señor MAURICIO BETANCOURT AGUDELO por intermedio de la AFP PROTECCIÓN





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

S.A. el 25 de septiembre de 1995 (Fl. 1 – PDF 3 ANEXOS DEMANDA y Fl. 24 – PDF 11 CONTESTACIÓN DEMANDA PROTECCIÓN S.A.), formulario que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado una información oportuna, clara, suficiente y veraz, máxime que tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, el aquí demandante señor MAURICIO BETANCOURT AGUDELO en el interrogatorio de parte a él practicado no confesó que se le hubiese brindado una asesoría ajustada a derecho, incluidas las implicaciones, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, y otras situaciones de asesoría que entendiera de manera fehaciente la total información suministrada, sin advertirle características propias incluso del mismo Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios, modalidades por vejez dentro del régimen privado, el derecho de retracto, etc, de allí que se pueda colegir la notoria falta de información por parte de PROTECCIÓN S.A. por cuanto no se obtuvo confesión alguna de la debida asesoría al tenor de los preceptos emanados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, carga probatoria que por demás guarda plena consonancia con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P.

Ahora bien, tal como lo consignó la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL3202-2021, Radicación No. 88485 del 14 de julio de 2021, se debe tener en cuenta *“la evolución que ha tenido el deber de información por parte de las Administradoras de pensiones, que resulta útil para comprender, se itera, que desde el comienzo de funcionamiento del Sistema éste existió y que se ha ido refinando, detallando y acrecentando, con el paso del tiempo, según la sucesión normativa que se muestra:*



| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>                                                                                                                                                                                                                    | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Deber de información                                           | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br><br>Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br><br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales                                                                 |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br><br>Decreto 2241 de 2010                                                                                                                                                                                                                        | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br><br>Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015<br><br>Circular Externa No. 016 de 2016                                                                                                                                                                                              | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.                                                                                                                                                                                    |

En ese orden de ideas, no se vislumbra prueba de que se le haya suministrado a la actora para el año 2000, una *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.

Así las cosas, la Sala concluye que le asiste razón a la falladora de instancia al declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad, dado que la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó el cumplimiento del deber de información en el momento del traslado de régimen del promotor.

Ahora bien, frente a la devolución de los gastos de administración, se memora que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019, señaló al respecto:

*“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 esta 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.”*

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

*“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que COLFONDOS S.A. Deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.*

Es así, que al declararse la ineficacia se tiene como nunca realizado el traslado, es por lo que no existe razón para que las AFP no verifiquen la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores, ni los rendimientos financieros, ni las primas de seguros, valores que deberán retornar de manera íntegra a COLPENSIONES pues pertenecen al Sistema de Seguridad Social con la cual se financiará la pensión.

En otro giro, respecto a una posible vulneración del principio de sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, debe indicarse que, al declararse la ineficacia del traslado, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, ha señalado sobre el particular:

*“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».*

*“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por COLPENSIONES, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.*

*“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.*

En igual sentir, en sentencia SL 1440 del 2021, se estipuló y dejó sentada la línea jurisprudencial de la siguiente manera:

*“Ahora, frente al argumento de la demandada, según el cual no hay lugar al traslado de bonos pensionales, cabe advertir que en casos como el presente, en donde procede la ineficacia de la afiliación al RAIS, deben retrotraerse las cosas a su estado anterior, lo cual trae como consecuencia que PORVENIR S.A. devuelva los aportes por pensión, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración a COLPENSIONES, aspecto sobre el cual se ha pronunciado la Sala de tiempo atrás, verbigracia, en sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.*

*“Con relación a los efectos de la ineficacia del traslado y a la inconformidad de Protección S.A., de trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, es claro que si las cosas vuelven a su estado*



*anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, como los gastos de administración, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuenta de su ahorro, deducción autorizada por el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 53 de la Ley 1328 de 2009 y que permite el literal q) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al disponer: Los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras y se determinarán en la forma prevista en la presente Ley.*

*“En esa línea, esta Sala de casación ha insistido en el traslado de los gastos de administración como efecto de la ineficacia, así se señaló en la sentencia CSJ SL 2877-2020:*

*“[...] el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.*

*“Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.*

*“De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”*



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

Es así, por lo que no se estima amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen las cargas de la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se han efectuado en un fondo público o en una cuenta individual, luego, por lo que al retornarse las contingencias referidas, evidente es que existe satisfecho un financiamiento como consecuencia de una posible prestación a la demandante.

Con respecto a la prescripción, la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, dispuso lo siguiente: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Por lo tanto, se puede colegir del párrafo anterior que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, lo cual también se predica de la pretensión consecuencial de la devolución de los gastos de administración y los seguros previsionales, en tanto los dineros que se reintegrarán a COLPENSIONES, serán destinados a financiar la pensión.

Finalmente, se tiene que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1019-2022, Radicación No. 87915 del 16 de marzo de 2022, señaló frente a los efectos de la declaratoria de ineficacia:

*“Por ello se procederá a Condenar a Old Mutual SA hoy Skandia, a trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y bonos pensionales. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los **gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y***





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

***sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.***

*Paralelamente, se ordenará a Porvenir SA devolver a Colpensiones el porcentaje cobrado por **gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.*

Posición que ha sido reiterada por esa Alta Corporación en sentencia SL5047-2021, Radicación No. 83777 del 25 de octubre del 2021 en la que se indicó lo siguiente:

*“Se modificará el numeral segundo de la misma providencia, en el sentido de que tanto Colfondos S. A. como Porvenir S. A. deberán trasladar a Colpensiones todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con sus rendimiento, bonos pensionales, incluidos **los gastos de administración, las primas por los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos conceptos con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que permaneció inscrita en cada administradora, debidamente indexados**” (Subrayado por la Sala)*

De lo anterior, la decisión de primera instancia deberá aclararse, bajo el entendido que la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES como quiera que el recurso de apelación interpuesto no gozó con vocación de prosperidad.





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

## V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### RESUELVE:

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de indicar que la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Igualmente, al momento del cumplimiento de dicha orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000 y a favor de la parte actora, las cuales deberán ser incluidas en la liquidación de costas, al tenor de lo consagrado en el artículo 366 del C.G.P.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado

**ACLARO VOTO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala de Decisión Laboral

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

**MAGISTRADO PONENTE: DR. DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

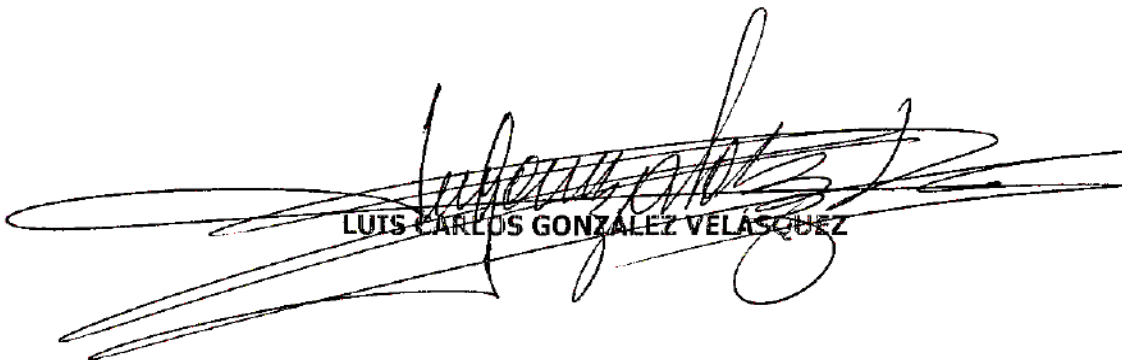
**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 46-2023-00142-01 DE  
MAURICIO BETANCOURT AGUDELO contra COLPENSIONES y  
PROTECCIÓN S.A.**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar que aclaro voto de la decisión adoptada en sentencia del 31 de enero de los corrientes.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la actora al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi aclaración.

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**  
**DE BOGOTÁ D.C.**  
**SALA TERCERA LABORAL**

Fuero sindical: 1100131050 32 2023 00091 02  
Demandante: CIRO ALFONSO ACUÑA RUIZ  
Demandado: PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.  
**Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024).

**SENTENCIA:**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

**I-. ANTECEDENTES:**

**1.1 DE LA DEMANDA:**

El señor CIRO ALFONSO ACUÑA RUIZ formuló demanda de fuero sindical (*acción de reintegro*) en contra de la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C., a fin que se declare que fue declarado insubsistente sin justa causa, ostentando la calidad de aforado.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

En consecuencia, se condene a la accionada al reintegro efectivo en el mismo cargo o en uno de mejor categoría y remuneración salarial, más el pago de las acreencias insolutas por concepto de salarios, prestaciones sociales, cotizaciones al sistema de seguridad social, vacaciones, indexación laboral y costas procesales.

## **1.2 SUPUESTO FÁCTICO:**

Como fundamento de sus pretensiones indicó que se vinculó a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. el 2 de septiembre de 1996, mediante una relación legal y reglamentaria, encontrándose en carrera administrativa; que se desempeñó durante toda la relación laboral bajo la mayor integridad, siendo un funcionario sobresaliente, realizando múltiples denuncias por posibles situaciones de acoso laboral, así como de sus dolencias de salud.

Que pertenece a la Confederación Nacional de Trabajadores CNT, encontrándose amparado por el fuero sindical al momento de su desvinculación, al ser miembro de la comisión de reclamos; finalmente que, mediante resoluciones de agosto y diciembre de 2022, fue declarado insubsistente.

## **1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La demandada PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. contestó la demanda, señalando que el demandante no gozaba de la garantía del fuero sindical, en tanto no existe prueba alguna que acredite que la Confederación Nacional de Trabajadores haya comunicado al empleador que el trabajador pertenecía a esa organización o que se encontrara amparado por la garantía foral, más aún cuando la condición de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

miembro de comisión de reclamos tampoco está demostrada. En ese orden de ideas, no tenía la calidad de directivo ni hacía parte de la comisión de reclamos. Finalmente, que el retiro obedeció a la calificación insatisfactoria de desempeño, lo cual condujo a la declaratoria de insubsistencia.

Refiere que cuando existe más de un sindicato, debe verificarse una elección democrática de los miembros de la comisión de reclamos, en tanto no puede existir más de una comisión, procedimiento que no se llevó a cabo, y en gracia de discusión, no ostentaba la calidad de aforado, pues solo dos miembros de la comisión de reclamos son beneficiarios de la misma, lo cual no acredita el actor.

Propuso y sustentó la excepción de mérito que denomino inexistencia de fuero sindical.

La CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES no se pronunció frente a la demanda en el término legalmente concedido, remitiendo una certificación atinente a la afiliación y la designación en la comisión de reclamos, la cual fue integrada al proceso.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 5 de diciembre de 2023, declaró probada la excepción de inexistencia de fuero sindical, y en consecuencia absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante CIRO ALFONSO ACUÑA RUIZ.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Para tal efecto el *a-quo* señaló que el artículo 405 del C.S.T. regula lo atinente al fuero sindical, así como los destinatarios del mismo en el artículo 406 *ejusdem*, acotando que lo tendrán dos de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos que designen los sindicatos, sin que puedan existir en una empresa más de una comisión; de igual manera, que la Corte Constitucional en sentencia C-201 de 2002, declaró inexecutable la normativa que regulaba que la comisión sería designada por el sindicato que agrupe la mayor parte de trabajadores, disponiendo además que para la elección de los miembros se debe adelantar un procedimiento democrático.

De otra parte, de las pruebas aportadas al proceso, se acreditó que en la entidad coexisten varias organizaciones sindicales, y por ello, la sola designación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES no es suficiente para tener al actor como miembro de la comisión de reclamos ni para entender que goza de la garantía foral, ello por cuanto los trabajadores deben proceder elegir democráticamente a los miembros del comité, con la participación de todos los sindicatos. En ese sentido, lo que se avizora es una postulación por parte del sindicato, mas no una elección que provenga de la totalidad de los trabajadores.

En igual sentido, que la Resolución No. 282 del 8 de agosto de 2022, determinó la declaratoria de insubsistencia, y si bien la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES aduce que el demandante hacía parte de la comisión de reclamos desde marzo de 2022, lo cierto es que dicha designación, en gracia de discusión, no había sido debidamente notificada a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C., pues las comunicaciones aportadas al plenario datan del 1º de septiembre de 2022, esto es, con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia, sin que sea de recibo estimar



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

que la notificación fue oportuna ante la presentación de recursos que se desataron con posterioridad.

Finalmente, que no existe prueba alguna que acredite que el actor haya ejercido la designación de miembro de la comisión de reclamos.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN:**

Inconforme con la decisión la parte demandante interpuso recurso de apelación. Para tal efecto señaló que la sentencia C-201 de 2002, se ciñe a un estudio del sector privado, siendo posterior la regulación del sector público, sin que sea dable otorgar el mismo tratamiento a las empresas privadas y las entidades públicas. Así las cosas, estimar que solo pueda existir una comisión de reclamos, genera una discriminación a los empleados públicos del nivel descentralizado o que tengan diversas sedes, así como a las confederaciones.

Refiere que la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES no está directamente vinculada con la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C., no obstante, es de segundo nivel y el actor fue designado en el comité de reclamos. De otra parte, que el *a-quo* estimó que el actor no ejerció la designación, lo cual no se ajusta a derecho, en tanto ello se desprende del certificado aportado al plenario. Finalmente, que los actos administrativos solo cobran firmeza una vez se desaten los recursos, lo cual solo acaeció hasta el mes de diciembre de 2022, esto es, con posterioridad de las comunicaciones atinentes a la designación.





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

En igual sentido, que el certificado no señala una simple postulación para la posterior elección de los trabajadores, sino que de manera expresa refiere que fue designado en la comisión de reclamos.

#### **IV. CONSIDERACIONES:**

**a. Trámite de segunda instancia:**

Dando alcance a lo dispuesto en el artículo 117 del C.P.T y la S.S, procede a dictar de plano la correspondiente sentencia en segunda instancia.

**b. Problema jurídico:**

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala deberá auscultar si el demandado es beneficiario de la garantía del fuero sindical.

**c. Estatus administrativo laboral:**

Es menester acotar inicialmente, que no fue objeto de reparo que el actor ostentó la calidad de empleado público, al haber sido designado inicialmente en provisionalidad en el cargo de Profesional Especializado XI-A, mediante Resolución No. 0005 del 3 de enero de 1996 (fls. 27 a 27 archivo digital 1-101.pdf); mediante Resolución No. 0135 del 12 de junio de 1996, se prorrogó dicho nombramiento (fls. 181 a 185). Posteriormente, mediante Decreto 214 del 28 de agosto de 1996, fue designado en período de prueba en el empleo de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Profesional Especializado Categoría XII (fls. 193 a 195). Mediante Resolución No. 143 del 26 de febrero de 1999 fue incorporado en el cargo Profesional Especializado 335-07 (fl. 225 archivo digital 102 al 217.pdf), para posteriormente, mediante Resolución No. 359 del 29 de noviembre de 2005, ser incorporado en el cargo Profesional Especializado Código 222 Grado 07 (fl. 15 archivo digital 418 al 503.pdf).

Mediante Resolución No. 282 del 8 de agosto de 2022, se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo Profesional Especializado Código 222 Grado 07, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral (Fls. 213 a 217 archivo digital 1261 – 1380.pdf); confirmada mediante Resolución No. 352 del 1º de noviembre de 2022, mediante la cual se desató el recurso de reposición (fls. 221 a 230 archivo digital 1381 – 1500.pdf), siendo desvinculado de manera efectiva el 13 de diciembre de 2022.

Finalmente, no existe discusión en cuanto a que el empleo desempeñado por el actor no implica el ejercicio de jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración, por ende, no se enmarca dentro de las excepciones de la garantía foral consagradas en el parágrafo 1º del artículo 406 del C.S.T., el que señala que *“Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración”*.

**d. De la existencia del sindicato y su afiliación:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Tampoco se discute la existencia de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES, así como que el actor se encuentra afiliado a la misma, lo cual fue certificado por la organización. En igual sentido, que la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C., informó que además *“existían los siguientes sindicatos para el año 2022: Asopersonerías, Nacional y seccional Bogotá, Sipersobogotá, Sindeperbo”* (fl. 24PruebasContestacionPersoneria.pdf).

#### **e. Fuero Sindical:**

Una vez determinado lo anterior, se procederá a desatar la alzada, atendiendo el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., en lo atinente a la garantía del fuero sindical, por ser miembro de la comisión de reclamos.

Ahora bien, es preciso acotar que el artículo 405 del C.S.T., denomina el fuero sindical como la garantía que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo.

Por su parte, el artículo 39 de la Carta Política consagra el derecho de los trabajadores y empleadores a constituir sindicatos o asociaciones sin intervención del Estado y, por ello, los trabajadores privados como los públicos tienen derecho a constituir sindicatos o asociaciones sindicales, gozan del fuero y demás garantías necesarias para el cumplimiento de sus derechos laborales, situación que fue desarrollada por la Corte Constitucional en la sentencia C-593 de 1993.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Conviene precisarse, que el fuero sindical no fue concebido por el constituyente, ni regulado por el legislador como un mecanismo para la protección del trabajador aforado individualmente considerado; su fin último es la salvaguarda del derecho de asociación, es decir, su propósito es el de amparar el derecho colectivo. Sobre este asunto, la Corte Constitucional desde la sentencia C-381 de 2000 expresó:

*“El fuero sindical en la medida en que representa una figura constitucional para amparar el derecho de asociación, es un mecanismo establecido primariamente a favor del sindicato, y sólo secundariamente para proteger la estabilidad laboral de los representantes de los trabajadores. O, por decirlo de otra manera, la ley refuerza la protección a la estabilidad laboral de los representantes sindicales como un medio para amparar la libertad de acción de los sindicatos”, es decir, que tal como se dijo por la Corte en Sentencia C-710 de 1996, citada en la anteriormente mencionada, “para los trabajadores que gozan de fuero sindical, la protección se otorga en razón de su pertenencia a un sindicato y como protección a sus derechos de asociación y sindicalización”.*

Finalmente, dicha Corporación, en sentencia C-033 de 2021, estimó:

*“El fuero sindical es una garantía constitucional que, aunque ampara los derechos laborales del trabajador aforado, su objeto primario es proteger la libertad y el derecho de asociación sindical, a través del reforzamiento de la estabilidad laboral de miembros determinantes del sindicato, por lo que, a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de los trabajadores, respecto de los cuales la justa causa de la decisión del empleador es evaluada con posterioridad, en un proceso judicial, respecto de los aforados, dicha justa causa requiere ser calificada de manera previa, con el fin de que, respecto de ellos, el empleador no adopte decisiones arbitrarias de despido, modificación de las condiciones laborales o del lugar de trabajo, como medio de presión, retaliación, acoso o persecución sindical. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha entendido que el primer beneficiario del fuero es la organización sindical, aunque indirectamente comporte una garantía en las relaciones laborales individuales del sujeto aforado.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

[...]

*“Al tratarse de un fuero, tal garantía denota tanto una prerrogativa excepcional - no se predica de todos los trabajadores -, que sitúa a su titular en una condición especial, así como la previsión de un régimen particular, que se caracteriza por la existencia de un trámite especial, para que las decisiones más trascendentales del empleador, respecto de la situación laboral del empleado aforado, sean revisadas de manera previa y, si se encuentra que media la justa causa y, por lo tanto, no se trata de una medida antisindical, sean autorizadas por un órgano con suficientes garantías de independencia e imparcialidad, so pena de la ineficacia de la medida y, en el caso del despido, se pueda solicitar el reintegro y la reparación integral de los perjuicios causados. Es decir que los elementos esenciales de la garantía foral son: por una parte, la obligación de la calificación previa de la justa causa para el despido, el traslado o la modificación de las condiciones laborales y, por otra parte, la intervención de un órgano suficientemente independiente e imparcial, encargado de autorizar o denegar tales determinaciones del empleador respecto del trabajador protegido o aforado.*

Ahora bien, debe señalarse que la garantía del fuero sindical protege tanto a los trabajadores del sector privado como a los servidores del sector público. Sin embargo, su aceptación en el caso empleados públicos obedece a un proceso de evolución legal, constitucional y jurisprudencial. En efecto, si bien es cierto que antes de la Constitución Política de 1991, la figura del fuero sindical se encontraba incorporada a nivel legal en normas tales como el Decreto Legislativo 2350 de 1944, la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2313 de 1946, el Decreto 2663 de 1950 y la Ley 141 de 1961, esta garantía no se aplicaba a los servidores públicos. Fue en vigencia de la Constitución de 1991, y en la sentencia C-593 de 1993, en la que la Corte Constitucional, interpretando el artículo 39 de la Constitución Política, consideró que en el ámbito de los servidores públicos también era aplicable la garantía del fuero sindical, al señalar:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Si se comparan la norma legal acusada (Art. 409 del Código Sustantivo del Trabajo) y la superior (Art. 39 de la Carta), se tiene que concluir que el Constituyente de 1991 consagró, en el artículo 39, el derecho al fuero sindical sin restricción diferente a la establecida en su último inciso para los miembros de la Fuerza Pública. Estos, en ningún caso tendrán derecho al fuero sindical, porque la Constitución les negó el derecho, previo y necesario, de la asociación sindical.*

*“Así, de la comparación de la norma acusada con la norma superior, hay que concluir que el Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio, al no excluirlos del derecho al fuero sindical”.*

El reconocimiento del fuero sindical a los servidores públicos se desarrolló posteriormente en las Leyes 362 de 1997, 584 de 2000, 712 de 2001 así como en los Decretos 1572 de 1998 y 760 de 2005 y 071 de 2020. En igual sentido el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, aprobado por la Ley 411 de 1997, regula en su artículo 4º que *“Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo”,* así como que dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto *“despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización”.*

De igual manera, el Convenio dispuso la garantía de la negociación colectiva, lo cual se desarrolló por el Decreto 160 de 2014, el cual regula lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos.



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

Ahora bien, el literal d) del artículo 406 de la misma obra, determina el amparo del fuero sindical de la siguiente manera:

*d) Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos.*

Tal como se expuso en la litis, tal normativa fue objeto de un estudio de constitucionalidad por la Corte Constitucional, la que en sentencia C-201 de 2002, refirió:

*“7.5. La designación de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos debe ser democrática*

*“[...]*

*“Debe recordarse que la Corte declaró inexecutable el numeral 1 del artículo 26 del Decreto 2351 de 1965, que prohibía la coexistencia de más de un sindicato de base en una misma empresa, por lo cual debe armonizarse la norma bajo estudio en el sentido de que, a pesar de que legalmente pueden constituirse varios sindicatos de base o de otra clase en una misma empresa, sólo puede existir una comisión estatutaria de reclamos [...]*

*“Ahora bien, debe anotarse que la función que cumple la comisión de reclamos constituye un instrumento de vital importancia para hacer efectiva la participación de los trabajadores y los sindicatos en los asuntos que los afecta dentro de la empresa, en la medida en que pueden comunicar al empleador, a través suyo, su inconformidad sobre las condiciones de trabajo y demás reclamaciones particulares que se presenten en la empresa para que él adopte, de manera unilateral o conjunta con el sindicato, una solución al respecto.*

*“Teniendo en cuenta, además, que la comisión de reclamos representa a la totalidad de los trabajadores sindicalizados de la empresa, sin importar el*





República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

sindicato al que estén afiliados, la designación de sus miembros, tal como está contemplada en la norma acusada, sí constituye una violación a los derechos de igualdad y de participación de los trabajadores afiliados al sindicato minoritario, y es contraria al mandato constitucional según el cual la estructura y funcionamiento de los sindicatos deben sujetarse a los principios democráticos, como pasa a demostrarse.

*“Una determinada disposición es discriminatoria cuando no se puede justificar razonablemente el trato diferencial que ella establece respecto de dos situaciones similares. En el presente caso, los sindicatos minoritarios y mayoritarios que coexistan en una misma empresa, pueden elevar sus reclamaciones ante su empleador común a través de la comisión estatutaria de reclamos. Por ello, la designación de sus miembros es un asunto que afecta directamente a unos y otros, independientemente del número de trabajadores que cada sindicato agrupe.*

*“En este orden de ideas, el número de trabajadores afiliados no constituye un fundamento razonable para que la ley excluya a los sindicatos minoritarios de la designación de los miembros de la comisión de reclamos. Se concluye entonces que, ante situaciones iguales, el legislador da un tratamiento jurídico diferente sin justificación alguna, por lo cual el segmento indicado vulnera el artículo 13 de la Constitución Política.*

*“[...]*

*“En síntesis, el artículo 406 parcialmente acusado vulnera el artículo 39 de la Constitución, al consagrar un mecanismo antidemocrático de elección de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que representa a todos los trabajadores de una misma empresa, sin importar el sindicato al que estén afiliados y, con ello, excluye a los miembros de los sindicatos minoritarios de los mecanismos de participación propios de cualquier forma asociativa en una sociedad democrática. Por el contrario, deben crearse mecanismos en las organizaciones sindicales que garanticen la participación de todos los trabajadores sindicalizados, en igualdad de condiciones, en la designación de dicha comisión”.*

Una vez determinado lo anterior, se advierte en primera media, que no se avizora que dicho precedente, el cual además tiene efectos *erga omnes*, no sea de



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

aplicación a los empleados públicos, en tanto el artículo 406 del C.S.T., también regula para dicha clase de servidores lo atinente a l establecimiento de quiénes están amparados por el fuero sindical, esto es, dos miembros de la comisión estatutaria de reclamos, sin que pueda existir más de una comisión en la entidad, y para cuya elección deben surtirse procesos democráticos, más aún como cuando en el presente evento se acreditó la coexistencia de varias organizaciones sindicales, ello en tanto la accionada al absolver el informe juramentado refirió:

*1. ¿Cuántos sindicatos se encontraban constituidos en la Personería para el año 2022?*

*“De acuerdo con los Depósitos en el Ministerio del Trabajo, encontrados en el archivo de la dependencia, existían los siguientes sindicatos para el año 2022: Asopersonerías, Nacional y seccional Bogotá, Sipersobogotá, Sindeperbo.*

*“¿La organización sindical Confederación Nacional de Trabajadores CNT es una organización sindical que pertenezca a la Personería de Bogotá?*

*“La Confederación Nacional de Trabajadores CNT, es una organización de tercer grado, es decir no es una asociación sindical que pertenezca a la Personería de Bogotá.*

*“[...]*

*“Todos los sindicatos tienen, sin limitación alguna, la facultad de unirse o coaligarse en federaciones locales, regionales, nacionales, profesionales o industriales, y éstas en confederaciones (Decreto 2663 de 1950, art. 417).*

*“Es decir la CNT es una confederación (unión sindical de tercer grado) que no hace parte de la Personería, pero de la que hace parten asociaciones sindicales, frente a la cual esta dependencia no posee información, para lo cual de ser necesario se deberá oficiar al Ministerio del trabajo, Grupo de Archivo sindical, para solicitar la información respectiva.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8711-2018, Radicación No. 50814 del 20 de junio de 2018, refirió:

*“[...] tampoco notó, a pesar de haber sido puestas de presente en la contestación de la demanda por la UNAD, las inconsistencias en las dos actas de esa fecha y que reposan en el expediente a folios 204 y siguientes, hecho que fue puesto en conocimiento de la autoridad competente; amén de que no verificó que en la UNAD existe otra organización sindical, SINTRAUNAD, y que la designación de la comisión de reclamos debía realizarse de manera concertada entre todas las organizaciones existentes, y de no hacerse se esa forma, como en efecto ocurrió en el presente caso, se incurriría en transgresión del artículo 406 del C S T.”*

*“Así lo señaló esta Sala en sentencia STL7013-2014. Rad.36488 del 4 de junio de 2014, cuando resolvió un asunto como el que nos ocupa:*

*“La norma no ofrece duda en cuanto a que no puede existir en una empresa más de una Comisión Estatutaria de Reclamos, aparte que no fue modificado por el fallo de exequibilidad aludido, el que, eso sí precisó que tal Comisión debe ser elegida entre las diversas organizaciones que coexisten para garantizar la efectiva representación de los trabajadores. Por tanto, no constituye desconocimiento de la «autonomía y libertad de negociación» de los sindicatos tal previsión, como lo entendió el Juez de la alzada, circunstancia estudiada por la Corte Constitucional así:*

*“[...] el objetivo fundamental de la comisión de reclamos dentro de la organización sindical, cual es el de elevar ante el empleador las respectivas reclamaciones que promuevan tanto los trabajadores individualmente considerados, como el propio sindicato o sindicatos, en caso de que coexistan varios de ellos en una empresa. Por ello, la Corte encuentra razonable que sólo una comisión por empresa sea la encargada de llevar a cabo dicha labor de manera unificada, pues se trata de un mismo empleador el depositario de las diversas reclamaciones que puedan presentarse dentro de la empresa, lo cual no significa una restricción ilegítima a los derechos de asociación y libertad sindical. Nótese que el legislador no impone obstáculo alguno al ejercicio de las funciones que ejerce dicha comisión sino, por el contrario, garantiza la protección especial del fuero sindical para dos de sus miembros”.*



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

***“En tal medida, derivar un fuero del hecho de que el trabajador es miembro de una Comisión de Reclamos, por la mera situación de que en la empresa existe más de una organización sindical que cuenta con su propio Comité, es violentar el debido proceso del destinatario de la condena; lo que en verdad corresponde constatar es si el demandante logró probar que tiene el fuero que alega, por pertenecer a la Comisión Estatutaria de Reclamos que haya sido elegida entre los distintos sindicatos como vocera de los derechos e inquietudes de los trabajadores [...] (negrillas de la Sala)***

De tal manera que, al coexistir varias organizaciones sindicales, al actor no le bastaba con demostrar que hacía parte de la comisión de reclamos de alguna de ellas, sino que era destinatario de fuero sindical, esto es, que sea uno de los dos miembros de la *comisión estatutaria de reclamos que haya sido elegida democráticamente entre los distintos sindicatos*, consideración que además, resulta también aplicable a los servidores públicos, sin que tal aspecto se constituya en discriminatoria, como lo aduce el recurrente.

En igual sentido, indistintamente de que haya o no ejercido tal actividad, lo cierto es que la garantía foral depende que la designación haya operado en los términos antes referidos, así como que se haya comunicado al empleador tal integración de la comisión estatutaria de reclamos.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que se aportó la certificación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES del 12 de octubre de 2023 (fl. 2 archivo digital 20CertificacionCiroAcuña.pdf), en la cual se refiere:



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

*“Que el señor **Ciro Alfonso Acuña Ruiz** es miembro de la Comisión de Reclamos del Comité Ejecutivo de la C.N.T. desde el cinco (05) de marzo de 2022.*

*“Se encuentra afiliado y a paz y salvo con sus cuotas sindicales, de acuerdo a lo establecido en los estatutos de la Confederación”.*

En ese orden de ideas, tal documental solo da cuenta de la afiliación del actor y de ser miembro de la Comisión de Reclamos del Comité Ejecutivo de la CNT, pero en manera alguna acredita que haya sido designado democráticamente entre la totalidad de las organizaciones sindicales.

De tal manera, que le asistió razón al *a-quo* en el sentido de considerar que el demandante no acreditó de manera fehaciente, el ser destinatario de la garantía del fuero sindical, pues si bien se demuestra que hace parte de una comisión de reclamos, específicamente de la CNT, no acreditó que haga parte de la comisión estatutaria de reclamos que se haya designado democráticamente entre los diversos sindicatos ante la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C.

Ahora bien, en gracia de discusión se analizó lo atinente a la comunicación de la designación, aspecto que no resulta relevante para desatar la controversia en tanto, como viene de verse, tal documental no permite acreditar la calidad de aforado.

No obstante, al haberse pronunciado al *a-quo* sobre tal aspecto, basta con referir que mediante Resolución No. 282 del 8 de agosto de 2022, se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo Profesional Especializado Código 222 Grado 07, como consecuencia del resultado no satisfactorio de la evaluación del desempeño laboral



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

(Fls. 213 a 217 archivo digital 1261 – 1380.pdf), así como que la certificación de la comisión de reclamos de la CNT fue remitida por correo electrónico a la PERSONERÍA DE BOGOTÁ D.C. el 1º de septiembre de 2022 (fl. 10 27ComunicacionCNT.pdf), de tal manera que la comunicación resulta ser posterior a la decisión adoptada por la empleadora.

De otra parte, el recurso de reposición se sustenta en la estabilidad laboral reforzada por ostentar una condición de discapacidad, sin que se haga mención a ostentar la garantía del fuero sindical, y en todo caso, para la fecha en que se adopta la decisión, eso es, el 8 de agosto de 2022, no se había comunicado la designación en la comisión de reclamos de la CNT, nombramiento que no se acompasa con la garantía foral que se desprende de una designación entre todos los sindicatos que coexisten en la entidad accionada.

Así las cosas, se confirmará en su integridad la decisión de primer grado. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, **LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

### **RESUELVE:**



República de Colombia  
**Tribunal Superior de Bogotá**  
Sala de Decisión Laboral

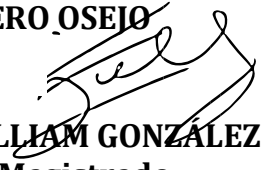
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones vertidas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO**  
Magistrado

  
**LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ**  
Magistrado

  
**JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**  
Magistrado