



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 30-2020-00025-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2023 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la **DEMANDADA** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, salarios dejados de percibir y costas del proceso y la absolvió de las demás pretensiones (min. 39:17 archivo “24ActaAudiencia” - Parte 2).

## **I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 193 a 208 archivo “01ExpedienteDigitalizado”)**

**VICTOR JULIO ÁVILA PEDRAZA** llamó a juicio a **MAGICPLAST S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y la ilegalidad de la terminación del mismo; en consecuencia, se condene al reintegro al mismo cargo que venía desempeñando y al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social causados entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019 y del 02 de noviembre de 2019 hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, se condene al pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social causados entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019, junto con la indemnización moratoria del artículo 65 CST, indemnización por terminación unilateral del

contrato de trabajo, sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que ingresó a trabajar al servicio de **MAGICPLAST S.A.S.** desde el 19 de noviembre de 2007 para desempeñar el cargo de Coordinador de turno, que sufrió un accidente de trabajo el 21 de noviembre de 2013, quedando con secuelas físicas permanentes en su brazo y codo izquierdo, situación que desencadenó en un pérdida de capacidad laboral permanente del 7.83 %, que desde el año 2017 se encuentra en tratamiento médico por dolores en varias partes del cuerpo, que en el 2018 fue dictaminado con *hernia inguinal bilateral*, mismo año en que **MAGICPLAST S.A.S.** lo despidió sin justa causa el 17 de diciembre de 2018. Aseguró, que por medio de acción de tutela fue reintegrado a la compañía el 20 de junio de 2019, reintegro que se mantuvo hasta el 01 de noviembre de 2019; sin embargo, **MAGICPLAST S.A.S.** no le ha cancelado los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social del periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2018 a 19 de junio de 2019.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 227 a 240 archivo "01ExpedienteDigitalizado")**

**MAGICPLAST S.A.S.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó los hechos contenidos en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 17 y 20 y parcialmente el 10, admitiendo la existencia relación laboral, el cargo desempeñado, la ocurrencia del accidente de trabajo, el despido, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante, el reintegro del demandante el 20 de junio de 2019, la falta de pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones comprendidos entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019, la terminación del contrato el 01 de noviembre de 2019 y la falta de permiso del Ministerio de Trabajo para terminar el contrato. Expresó no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación que se reclama, inexistencia del nexo causal entre la enfermedad y la terminación del contrato, cobro de lo no debido y buena fe.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 5:30 archivo "24ActaAudiencia" – Parte 2).**

El 26 de abril de 2023, el Juzgado (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: CONDENAR** a la demandada sociedad MAGICPLAST S.A.S. identificada con NIT N°800.092.694-7 como empleador a pagar al señor VICTOR JULIO ÁVILA PEDRAZA, identificado con C.C. N° 80.795.239 como trabajador, las sumas y conceptos que se indican a continuación: a. cesantías \$840.993, b. intereses a las cesantías \$43.647, c. compensación en dinero por Vacaciones \$420.496, d. salarios dejados de percibir \$9’407.967 y, e. prima de servicios \$840.993. **SEGUNDO: ABSOLVER** a la sociedad MAGICPLAST S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor VICTOR JULIO ÁVILA PEDRAZA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por la parte demandada. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la sociedad demandada a favor del demandante, liquídense en secretaria e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1’000.000 (...) La cédula del demandante corresponde al número 6.772.292 y no 80.795.239 como lo indiqué a efectos del numeral primero de la condena. (...)”*

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si la terminación del contrato se dio cuando el demandante se encontraba en estado de discapacidad, incapacidad médica o si presentaba limitaciones de salud para desarrollar cierto tipo de actividades de carácter laboral. Así como, verificar si hay lugar o no a ordenar el reintegro del trabajador que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 o al pago de la indemnización solicitada de manera subsidiaria. En caso afirmativo, verificar si hay lugar ordenar el reintegro en la forma solicitada, junto con el pago de las acreencias laborales, aportes a seguridad social, al pago de la indemnización reclamada del art. 65 CST y del art 99 de la Ley 50 de 1990 y, por último, verificar si alcanzan prosperidad alguna de las excepciones presentadas como medio de defensa por la sociedad demandada.

Para resolver, señaló que se encuentra probada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes durante el 19 de noviembre de 2007 al 17 de diciembre de 2018, el cual finalizó sin justa causa por parte del empleador y que se efectuó el pago de la indemnización correspondiente, y que tampoco se discute el reintegro ordenado por acción de tutela que se hizo efectivo el 20 de junio de 2019 y la cesación de la relación laboral el 01 de noviembre de 2019, debido a la finalización de la protección transitoria de cuatro meses, tiempo dentro del cual el trabajador debía acudir a la jurisdicción laboral, por lo que accede a la condena por concepto de salarios, prestaciones sociales y vacaciones causadas entre la desvinculación y la orden de tutela, esto entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019.

Por otro lado, frente a la estabilidad laboral reforzada invocada por el demandante, el Juez señaló que en ningún caso la limitación de una persona podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación se encuentre incompatible e insuperable en el cargo que va a desempeñar, asimismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de la limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo, no obstante, quien fuere despedido o su trabajo terminado por razón de su limitación tendrá derecho a una indemnización. Adicionalmente, en el tema de estabilidad laboral reforzada la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que para que proceda la protección es necesario que el trabajador para el momento del despido se encuentre en una situación de discapacidad o pérdida de capacidad laboral en un grado significativo, y en todo caso, esa disminución significativa puede ser confirmada con posterioridad a la vinculación del trabajo, así, para determinar si una persona goza de la garantía de estabilidad reforzada, se requiere que se establezca que el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida el normal desempeño de sus actividades, que la condición de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido, que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea clara que la misma tiene origen en una discriminación.

De acuerdo con lo anterior, concluyó que el actor no acreditó la debilidad manifiesta para el 01 de noviembre de 2019, fecha de terminación del contrato de trabajo de acuerdo con la protección de tutela, pues no probó encontrarse inmerso en algún tratamiento médico, no existían incapacidades médicas otorgadas para ese momento, ni que hubiese sido calificado en su disminución de capacidad laboral suficiente por la entidad competente, aunado, el dictamen de PCL ordenado dentro del proceso estableció como fecha de estructuración el 29 de noviembre de 2019 fecha posterior a la terminación de la relación laboral, por lo que el demandante no se encuentra en una discapacidad moderada y conforme al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tampoco se encontraba en alguna condición especial para ordenar su reintegro, ni para disponer el pago de salarios y demás acreencias dejadas de percibir. En consecuencia, absolvió a la demandada de estas pretensiones.



En lo que refiere a la indemnización por la no consignación de las cesantías a un fondo, consideró que la demandada efectuó el pago correspondiente por concepto de cesantías, tanto al momento del despido, 17 de diciembre de 2018, como para la terminación del contrato después de la orden de tutela, 01 de noviembre de 2019, por lo que no es procedente esta pretensión.

Con relación a la indemnización moratoria del artículo 65 CST, dijo que al momento de pagar la liquidación el 17 de diciembre de 2018, la demandada pagó lo que consideraba se debía y al 01 de noviembre de 2019 cumplió con su obligación legal, realizando el pago de las prestaciones que consideraba deber y no hubo orden del juez de tutela por el pago de salarios y demás prestaciones, por lo que considera que el actuar de la demandada se ajusta a los parámetros de la buena fe, por haber pagado lo que consideraba deber.

Acto seguido, profiere sentencia complementaria para referirse a la indemnización por terminación unilateral del contrato, señalando que como no hubo discusión en los extremos de la relación laboral, posteriormente hubo una orden de carácter constitucional en donde se ordenó el reintegro mientras se adelantaba la acción correspondiente ante la jurisdicción ordinaria, la cual se precluyó porque no se interpuso dentro de los cuatro meses, por lo que no hay lugar a adicionar la parte resolutive de la sentencia y se mantiene incólume el numeral de la sentencia.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado del **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación, considerando que tal como se definió en la sentencia de primera instancia, entre las partes existió una relación laboral entre el 19 de noviembre de 2007 al 01 de noviembre de 2019, toda vez que con el reintegro no existió partición del contrato y entonces se habla de un único contrato; no obstante, no se encuentra la justificación de terminación del contrato, toda vez que el vencimiento de los cuatro meses no es una causal contemplada en el CST, automáticamente entendiéndose que el contrato terminó por decisión unilateral de la empresa sin justa causa, y si bien existió un pago anterior, la orden de tutela eliminó la terminación del contrato, por lo que la liquidación debía realizarse por todo el tiempo laborado, sin que la demandada lo haya realizado de esa manera, además que los cuatro meses se vencerían el

19 de octubre de 2019, terminándolo un mes después, procediendo el pago de la indemnización por despido teniendo en cuenta los extremos temporales desde el 19 de noviembre de 2007 al 01 de noviembre de 2019.

Respecto a la sanción por la falta de consignación de cesantías, dijo que en la sentencia se condenó a la empresa a pagar cesantías, lo que justifica la procedencia de esa indemnización, resultando contraria la absolución, bajo el entendido que la demandada sí había consignado las cesantías.

Agregó, que no hubo buena fe de la demandada, por cuanto el empleador sabía que debía cancelar los salarios percibidos desde el momento hasta la fecha del reintegro, pues aunque el Juez de tutela no lo ordenó, esta fue clara en decir que no era la competente para resolver sobre ello, siendo obligación del Juez Laboral.

De otro lado, señaló que se cometió un error en cuanto a la fecha de estructuración, pues aunque la determinada es posterior, en el proceso se determinó, por confesión del representante legal, que el demandante se encontraba en tratamiento médico y cirugías para enero de 2019, además que existen mucho documentos que certifican que para enero de 2019 ya se encontraba en tratamiento, adicional, a que el demandante sufre de dos dolencias, por lo que para el 01 de noviembre de 2019 el empleador ya conocía tal situación y, en consecuencia, no podía ser despedido.

Por lo anterior, solicita revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, confirmando las condenas impuestas a la demandada que fueron debidamente liquidadas y revocar las absoluciones, condenando al empleador al pago de la indemnización del artículo 65 CST, por haberse probado la mala fe de la empresa, así como la indemnización por no pago de cesantías, teniendo en cuenta que las cesantías del año 2018 fueron condenadas y no han sido consignadas en febrero de 2019 y la indemnización por despido sin justa causa, liquidada por todo el tiempo laborado con el descuento de lo pagado, en el entendido de que existió un reintegro por tutela y no existe como causal de terminación la de no haber demandado después de cuatro meses a la tutela. (min. 51:10 archivo “24actaaudiencia”).

A su turno, la apoderada de la **DEMANDADA** solicita se revoque el numeral primero del fallo, considerando que el reintegro se dio en razón a la orden del Juez de tutela y no porque el despido sin justa causa hubiera sido en el marco de alguna ilegalidad o mala fe, ya que la terminación del contrato se dio por una causal objetiva como lo fue la restructuración de la empresa, indicando que el amparo fue transitorio mientras el Juez ordinario decidía sobre la legalidad del despido, y como aquí se determinó que el despido no fue ilegal, no existe obligación de pagar las acreencias causadas entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019. Igualmente, dijo que la empresa conoció de la enfermedad del demandante en enero de 2019 y los exámenes médicos datan de esa anualidad, esto es con posterioridad a la fecha del despido que ocurrió en diciembre de 2018, además que la empresa pagó la indemnización correspondiente (min. 1:13:48 archivo “24actaaudiencia”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la ley 2213 de 2022, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo parcialmente, reiterando los argumentos esbozados en la alzada y agregando que no es posible revocar la decisión del Juez constitucional en donde se amparó el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada y se ordenó el reintegro del actor. La parte demandada no presentó alegatos en esta instancia.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social durante el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019, así como a la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y la indemnización moratoria del artículo 65 CST, conforme lo alegado en los recurso de apelación y el ordenamiento jurídico.

## VII. CONSIDERACIONES

En esta instancia no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** entre las partes, por un lado el demandante **VICTOR JULIO ÁVILA PEDRAZA**, en condición de trabajador y por otro, la demandada **MAGICPLAST S.A.S.**, en condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo como extremo inicial el 19 de noviembre de 2007, relación laboral en la cual el actor se desempeñó en el cargo de Coordinador de turno (Pág. 11 a 12 archivo “01ExpedienteDigitalizado”); **ii)** el demandante fue despedido sin justa causa el 17 de diciembre de 2018 (Pág. 13 archivo “01ExpedienteDigitalizado”); **iii)** el Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en sentencia de tutela del 18 de junio de 2019, ordenó el reintegro del demandante y el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos laborales dejados de cancelar desde el momento de la desvinculación (Pág. 17 a 28 archivo “01ExpedienteDigitalizado”); **iv)** el demandante fue reintegrado al cargo que desempeñaba a partir del 20 de junio de 2019 (Pág. 39 a 40 archivo “02Anexos”); **v)** el empleador terminó nuevamente el contrato de trabajo del demandante el 01 de noviembre de 2019, aduciendo el vencimiento de los cuatro meses de vigencia de la orden de tutela (Pág. 29 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).

En la sentencia de primera instancia, se condenó a la **DEMANDADA** al pago de prestaciones sociales, vacaciones, salarios dejados de percibir y costas del proceso y la absolvió de las demás pretensiones. Contra la anterior decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Sobre la vigencia de las órdenes impartidas en sede de tutela.**

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es *excepcional*, determinando que solo procede en el evento de que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o porque, a pesar de existir, este instrumento jurídico no es idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales, salvo que se use como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La anterior disposición fue reiterada en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que señaló la

improcedencia de la tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, a excepción de que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el segundo de los casos, esto es, cuando se acude a la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, la orden de tutela permanece vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado, a condición de que la acción ordinaria se promueva en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela, y si no se instaura, cesarán los efectos de éste. (sentencias CC T491-2013, T250-2015, CSJ STP2845-2023, CSJ SL15882-2017, SL1846-2023).

Con el fundamento en el anterior referente, se advierte que el Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Conocimiento, en sentencia de tutela proferida por el 18 de junio de 2019 ordenó a **MAGICPLAST S.A.S.** (Pág. 17 a 28 archivo “01ExpedienteDigitalizado”):

*“...proceda a reubicar al trabajador **VICTOR JULIO ÁVILA PEDRAZA** al puesto que venía desempeñando o a uno de mayor jerarquía, hasta tanto la autoridad de trabajo o la justicia ordinaria laboral, defina de fondo la situación del actor; igualmente deberá pagar los aportes al Sistema General de Seguridad Social, salud, pensión y riesgos profesionales dejados de cancelar desde el momento de la desvinculación.*

*La anterior orden tendrá una vigencia de 4 meses, pues el amparo del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada se hace de manera transitoria de conformidad con lo señalado en el artículo del Decreto 2591 de 1991, durante este término el actor deberá promover las respectivas acciones judiciales ordinarias ante la Jurisdicción Laboral so pena que la orden aquí impartida pierda sus efectos...”*

De manera que, es claro que el amparo obtenido en sede de tutela quedó sujeta al control judicial del Juez Laboral, razón por la cual es esta jurisdicción quien debe dirimir de manera definitiva el debate sobre la estabilidad laboral reforzada invocada por el demandante, resaltándose que en primera instancia el *a quo* concluyó que el demandante no demostró encontrarse cobijado por tal fuero, al no probar que para la fecha de terminación del contrato, la cual dijo ocurrió el 02 de noviembre de 2019, se encontrara en estado de incapacidad o discapacidad moderada, despachando desfavorablemente las súplicas dirigidas a obtener el reintegro, el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de salarios y demás acreencias causadas con posterioridad a dicha calenda, sin que tales aspectos hayan sido objeto de reproche alguno en la apelación.

Ahora bien, habida cuenta que dicho amparo tuvo una vigencia temporal de cuatro meses, conviene precisarse que la presente demanda ordinaria se radicó solo hasta el 23 de enero de 2020 (Pág. 209 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), esto es, habiendo transcurrido más de siete meses desde que el Juzgado 50 Penal del Circuito con Función de Conocimiento profirió la sentencia de tutela de segunda instancia, - *recordemos, el 18 de junio de 2019-*.

Bajo esa óptica, y en vista de que la orden de amparo se concedió de manera transitoria y no definitiva, colige la Sala que el Juez de primera instancia se equivocó al definir como extremo final de la relación laboral existente entre las partes el día 01 de noviembre de 2019, pues en el caso que aquí nos ocupa el despido ocurrió el 17 de diciembre de 2018 (Pág. 13 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), asistiéndole razón a la apoderada de **MAGICPLAST S.A.S.** en cuanto afirma que el reintegro del demandante al cargo que venía ocupando y que aconteció el día 20 de junio de 2019, devino de la orden de amparo concedida por el Juez Constitucional, sin que de manera alguna tal situación implique la no solución de continuidad del contrato de trabajo, ello en el entendido que el Juez de tutela amparó el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada del señor **VICTOR JULIO ÁVILA** para evitar un perjuicio inminente, empero, dejando condicionada la orden a la decisión de fondo por parte de esta jurisdicción ordinaria laboral.

Aunado a lo anterior, no se avizora que el fallo de tutela haya dispuesto el pago de salarios o cualquier otro emolumento a favor del actor, pues se limitó a ordenar al ex empleador el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social en salud, pensión y riesgos laborales, estos sí, desde la fecha de la desvinculación (17 de diciembre de 2018), cotizaciones que fueron efectivamente sufragadas por el empleador (Pág. 46 a 50 archivo “02Anexos”) y sobre lo cual tampoco se presentó reparo en la apelación.

Basten las anteriores consideraciones para revocar las condenas emitidas en primera instancia por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, salarios dejados de percibir y prima de servicios, pues las mismas corresponden al periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2018 al 19 de junio de 2019, interregno de tiempo en el cual no hubo vinculación laboral entre las partes, pues como se dijo el contrato de trabajo finalizó el 17 de diciembre

de 2018 y si bien aconteció la reubicación del actor entre el 20 de junio al 01 de noviembre de 2019, la orden de tutela tuvo una vigencia temporal de cuatro meses y cesaron sus efectos al no haber instaurado el demandante la acción ordinaria dentro de dicho término.

### **- Indemnización por despido.**

En los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo, la H. CSJ señala que al trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

En ese orden, la carga probatoria en cabeza del actor se encuentra más que demostrada con la misiva de fecha 17 de diciembre de 2018, mediante la cual la demandada terminó el contrato de trabajo por decisión unilateral sin justa causa (Pág. 13 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), quedando claro que tal determinación se produjo por el uso de la facultad legal y discrecional que tiene el empleador de terminar los contratos de trabajo sin justa causa, tornándose entonces procedente el pago resarcitorio consagrado en el artículo 64 CST, que para este caso corresponde a 30 días de salario por el primer año de servicios y 20 días adicionales de salario por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción; circunstancia que precisamente fue la acontecida en autos, pues se verifica que la accionada liquidó y pagó al señor **VICTOR JULIO ÁVILA** la suma de \$11.008.243 por concepto de indemnización (Pág. 15 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), rubro sobre el cual el apelante no expuso ningún reparo, pues por el contrario, en su recurso acepta que su mandatario recibió el pago de dicha prestación.

En conclusión, como en este asunto el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral del empleador sin que mediara una justa causa, lo cierto es que la indemnización que de allí surge, y la cual hoy reclama el actor, ya fue satisfecha por la demandada al finalizar la relación laboral, sin que sea posible atender de manera favorable el argumento del apoderado del demandante relacionado a que el vencimiento de los cuatro meses concedidos en la acción de tutela no es una causal legal y justa de terminación del contrato de trabajo, pues aunque dicha aseveración es cierta, no es menos cierto que la relación laboral que aquí ató a las partes finiquitó el 17 de diciembre de 2018, y como quedó visto

en esta sentencia, el reintegro del demandante obedeció a una orden de carácter transitorio, que perdió sus efectos al no promoverse la acción ordinaria.

**- Indemnización moratoria.**

El artículo 65 del CST dispone el pago de una sanción a cargo del empleador por no pagar a sus trabajadores los salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato, lo que no acaeció en el caso bajo estudio, pues al finalizar la relación laboral la demandada pagó al demandante la liquidación final de acreencias laborales por la suma de \$13.463.851 (Pág. 15 archivo “01ExpedienteDigitalizado”), sin que exista discrepancia frente al pago de tales emolumentos en vigencia de la relación laboral.

Así entonces, menos aún prospera el argumento del recurrente en lo que respecta a la condena pedida por este concepto, advirtiendo que en este caso específico no resulta necesario abordar la mala o buena fe del empleador, pues ello solo procedería ante un comportamiento omisivo, que como se dijo, no fue lo ocurrido.

**- Sanción por no consignación de las cesantías.**

Conforme lo dispuesto en la ley 50 de 1990, el empleador se encuentra obligado a consignar las cesantías de sus trabajadores en un fondo de cesantías, obligación que debe cumplir a más tardar el 15 de febrero del año siguiente de haberse causado esta prestación, o al momento de la terminación de la relación laboral.

De acuerdo a lo anterior, y teniendo en cuenta que el apelante funda su recurso en la falta de consignación de las cesantías causadas en el año 2018, fácil es concluirse que en el caso de marras no resulta dable aplicar dicha sanción, en consideración a que la obligación que se origina por la terminación del contrato no es la de consignar las cesantías en un fondo si no la de entregarla al trabajador junto con las demás prestaciones y salarios en su liquidación final, y revisada la pluri mencionada liquidación se observa que esta prestación fue liquidada para el intervalo de tiempo comprendido entre el 01 de enero al 17 de diciembre de 2018, en la suma de \$1.781.427.



De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos apelados por las partes, y lo que se sigue es la revocatoria del numeral primero de la sentencia de primera instancia.

Sin costas.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

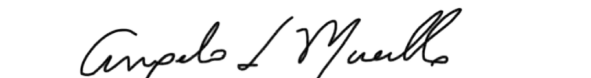
**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**Radicado No.33-2020-00365-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 1° de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Treinta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a dicha entidad al pago de la pensión sanción convencional a partir del 08 de octubre de 2020, junto con el retroactivo, intereses moratorios y costas procesales y absolvió a la **UGPP** de todas las pretensiones (*min. 22:48, archivo “21AudienciaFallo”*).

## **I. ANTECEDENTES**

### **• DEMANDA**

**CARLOS JAVIER BURBANO VARA** llamó a juicio a la **NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** con el fin de que se declare la existencia de un contrato con el Instituto de Mercadeo Agropecuario - IDEMA, la calidad de trabajador oficial, el despido injusto y ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el IDEMA y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Idema –

SINTRAIDEMA vigencia 1990-1992 y, en consecuencia, se pague la pensión de jubilación prevista en los artículos 101 y 102 Convencionales a partir del 08 de octubre de 2020, junto con el retroactivo, intereses moratorios, indexación, costas y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 08 de octubre de 2020; laboró al servicio del IDEMA a través de un contrato de trabajo a término indefinido, como trabajador oficial, desde el 06 de abril de 1979 hasta el 29 de agosto de 1991; que el 08 de agosto de 1991 fue despedido de forma unilateral y sin justa causa, periodo en el cual tenía un promedio salarial de \$246.420.16; que el IDEMA y SINTRAIDEMA se suscribió Convención Colectiva de Trabajo, vigente para el periodo comprendido entre el 1° de mayo de 1990 y el 30 de abril de 1992, en cuyo artículo 102 consagró pensión de jubilación en caso de despido injusto; que era afiliado al referido sindicato, por lo que el 02 de julio de 2020 elevó reclamación administrativa ante el **MINISTERIO**, sin que a la presentación de la demanda haya sido respondida (*pág. 2 a 24, archivo “05Subsanacion”*)

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

La **NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación y el tiempo de servicio al IDEMA, la calidad de trabajador oficial, la terminación unilateral del contrato, la existencia de la convención colectiva, la calidad de afiliado al sindicato y su condición de beneficiario de la convención, además de la presentación de la reclamación administrativa, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, prescripción, el acto legislativo restringe el reconocimiento de derechos pensionales; cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 13, archivo “09ContestacionMinisterio”*).

Mediante providencia del 19 de enero de 2022, el despacho de origen vinculó a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA**

**PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** como litisconsorte necesario, en virtud de las competencias asignadas en el Decreto 1859 de 2021 (*archivo “11AutoOrdenaVincular”*).

La **UGPP** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación, el tiempo de servicio al IDEMA y la calidad de trabajador oficial, señaló que los demás hechos no eran ciertos y propuso como medio de defensa las excepciones de *improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa*; inexistencia del derecho por falta de requisitos formales; improcedencia de los intereses moratorios; presunción de legalidad de los actos administrativos; buena fe de la UGPP; improcedencia de la aplicación de factores salariales de la convención colectiva; prescripción; caducidad y/o prescripción de la acción; improcedencia de condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 19, archivo “14ContestacionUgpp”*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 22:48, archivo “21AudienciaFallo”*)

El 1° de agosto de 2023, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO: CONDENAR** al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, a reconocer y pagar al señor CARLOS JAVIER BURBANO VARA, identificado con cédula de ciudadanía 4,664,075, la pensión de jubilación de que tratan los artículos 101 y 102 de la Convención Colectiva suscrita para la vigencia mayo de 1990 a abril de 1992 entre el extinto IDEMA y el Sindicato de Trabajadores del IDEMA - SINTRAIDEMA, teniendo como IBL el promedio del salario percibido por el trabajador durante el último año de servicios debidamente indexado y aplicando una tasa de reemplazo al 76%, la cual debe ser reconocida a partir del 8 de octubre de 2020, por 14 mesadas al año. **SEGUNDO: CONDENAR** al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a reconocer y pagar al señor CARLOS JAVIER BURBANO la suma de \$109.413.600 como retroactivo pensional por el periodo comprendido entre octubre de 2020 y el 31 de agosto de 2023. Téngase como mesada pensional para el año 2023 la suma de \$2,830,777. **TERCERO: CONDENAR** al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 22 de octubre de 2020 y hasta que se verifique el pago del retroactivo pensional. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y demás presentadas por la demandada, conforme a las razones expuestas. **QUINTO: ABSOLVER** a la UGPP de todas y cada

*una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo establecido en el inciso 2o del Parágrafo 2 Artículo 2.2.10.46.1. del Decreto 1859 de 2021. **SEXTO: COSTAS** de esta instancia quedan a cargo del MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL. Agencias en derecho 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes (...).*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que conforme con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, la edad en este tipo de prestaciones no es requisito de causación del derecho sino de exigibilidad, motivo por el cual dedujo que la cláusula convencional exigía únicamente tiempo de servicio y el despido sin justa causa, presupuestos acreditados por el actor pues tenía la calidad de trabajador oficial, laboró 12 años 4 meses y su contrato fue terminado de manera unilateral sin justa causa, fecha para la cual se encontraba vigente la convención colectiva celebrada entre IDEMA y SINTRAIDEMA. Además, que el monto de la mesada se encuentra previsto en el artículo 101 convencional, por lo que encontró causado el derecho pensional, sin que el mismo se afecte por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Advirtió que para obtener la mesada pensional se tuvo en cuenta como IBL lo percibido durante el último año de servicio, esto es, un salario fijo mensual de \$145.650, sobresueldo de antigüedad \$32.043, una doceava parte de primera vacaciones \$13.324, una doceava parte de primas semestrales \$42.413, auxilio de transporte \$6.189, auxilio de alimentación \$6.800, lo que arroja un salario de \$246.420, que al indexarse al año 2020 da como resultado un IBL de \$3.343.583, que al aplicarse una tasa de reemplazo del 76%, se obtiene como primera mesada pensional la suma de \$2.541.123 por 14 mesadas anuales y un retroactivo hasta el 31 de agosto del año 2023 de \$109.413.600. Condenó al pago de intereses moratorios a partir del 22 de octubre de 2020, en virtud de lo señalado por la Corte Constitucional en sentencias C-601 de 2000 y SU065 de 2008, donde se señaló que estos proceden por cualquier tipo de pensión, incluso las convenciones.

Finalmente, precisó que en cumplimiento del artículo 2.2.10.46.1. del Decreto 1859 de 2021, es el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el responsable del reconocimiento y pago de la prestación.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** solicitó la revocatoria de la sentencia. Adujo que, en virtud del Decreto 1859 de 2021, a partir del 1° de enero de 2022 la **UGPP** asumió la obligación legal de resolver toda clase de solicitudes inherentes al Sistema General de Pensiones que formulen los extrabajadores del liquidado IDEMA, así como la defensa judicial; que la convención colectiva estableció una tasa de reemplazo del 76% para las pensiones plenas, por lo que en el hipotético caso de una condena se debe aplicar una tasa de reemplazo proporcional al tiempo de servicio laborado como lo dispone el artículo 8 de la Ley 171 de 1961. Y respecto de intereses moratorios, sostuvo que en reiterados fallos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que únicamente se aplican para las pensiones legales y no para las pensiones convencionales, por lo que se debió ordenar fue la indexación (*min.26:20, archivo “21AudienciaFallo”*).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del demandante solicitó la confirmación de la sentencia y el apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** reiteró los argumentos expuestos en la alzada para que se revoque la decisión de primer grado.

Se allegó documental por parte de la firma Viteri Abogados S.A. que la acredita para actuar como apoderada principal de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, y su representante legal sustituyó el poder a la doctora Nicole Alexandra Ávila Albarracín, identificada con C.C. No. 1.022.397.651 y T.P. No. 339.117 del CSJ, a quien se le reconoce dicha condición para actuar en segunda instancia, y en el escrito de alegatos solicitó confirmar la totalidad de la sentencia dada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**, su calidad de ente público del orden nacional permite inferir que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante cumple con los requisitos para causar la pensión de jubilación convencional y de ser afirmativo, la procedencia de intereses moratorios y la entidad responsable del cumplimiento de la obligación, conforme lo alegado en la alzada y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) CARLOS JAVIER BURBANO VARA** nació el 08 de octubre de 1960 (*pág. 17, archivo “02Demanda”*); **ii)** el demandante laboró al servicio del IDEMA 4.461 días, desde el 06 de abril de 1979 hasta el 29 de agosto de 1991 (*pág. 20 a 22 y 25, archivo “02Demanda”*); **iii)** entre el extinto Instituto de Mercado Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de Trabajadores del IDEMA SINTRAIDEMA se suscribió Convención Colectiva de Trabajo 1990-1992, documento depositado ante el Ministerio

de Trabajo el 24 de mayo de 1990 (*pág. 38 a 68, archivo “02Demanda”*); **iv)** el 22 de julio de 2020 el actor solicitó al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** el reconocimiento de la pensión jubilación convencional (*aceptado por el Ministerio al contestar el hecho 13 de la demanda*).

- **Aplicación de derechos convencionales pensionales en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.**

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 considera la Sala que las Convenciones Colectivas de Trabajo que reconocían derechos extralegales en materia pensional, fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y terceros transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo, solamente aquellos trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tenían un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no podía ser objeto de derogatoria por la expedición de normas posteriores. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5622-2019.

- **Sobre la interpretación de las normas convencionales.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la interpretación de las normas convencionales, cuando son ambiguas o puedan generar distintos alcances, corresponde en primer lugar a las partes generadoras de las mismas y, en su defecto, al juez ordinario laboral, quien es el llamado a imprimirle el sentido a las normas, de conformidad con la Constitución y la ley (SL8694-2014, SL10179-2015, SL5887-2016, SL17551-2016, SL290-2019).

Igualmente, la misma Corporación, ha advertido que el Juez sólo puede acudir el principio de favorabilidad, como lo reclama el apelante, cuando se genere una duda auténtica, seria y objetiva que lo conduzca a



dos comprensiones opuestas de la misma disposición, caso en el cual debe inclinarse por la más favorable al trabajador (SL1697-2021, SL2962-2022, SLSL3105-2022, entre otras).

**- Sobre la pensión de jubilación convencional de los extrabajadores del extinto IDEMA**

El Decreto 133 de 1976 estableció que el extinto IDEMA era una empresa industrial y comercial del Estado, vinculada a la demandada NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA DESARROLLO RURAL, motivo por el cual todas las personas que prestaron sus servicios a la dicha empresa fueron trabajadores oficiales, salvo aquellos que ejercieron un cargo de dirección, confianza y manejo, tal y como lo dispuso el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

Por su naturaleza jurídica, el extinto IDEMA suscribió con sus trabajadores oficiales convenciones colectivas, que según el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo les permitieron fijar las condiciones para regir sus contratos de trabajo.

Ahora bien, resultan relevantes las providencias que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha proferido en punto a la pensión de jubilación consagrada en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo que suscribieron el extinto IDEMA y SINTRAIDEMA con vigencia 1996-1998.

En efecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria estableció que en el artículo 98 Convencional<sup>1</sup> la edad del trabajador es un requisito de exigibilidad, más no de causación, pues la pensión por despido injusto prevista en el precitado artículo se adquiere con el cumplimiento de los requisitos relativos a la prestación de los servicios por más de diez y menos de quince años, y la configuración del despido

---

<sup>1</sup> PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El Trabajador oficial vinculado por contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa, después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15) continuos o discontinuos en el IDEMA, tendrá derecho a la pensión de jubilación, desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.

sin justa causa, en tanto que la edad constituye un requisito de exigibilidad o de disfrute del derecho y no de causación (CSJ SL15605-2016, SL2597-2018, SL3150-2019, SL2887-2022 y SL3429-2022).

Sobre la forma de liquidar esta prestación, la misma Corporación precisó que el artículo 97 de la referida norma convencional<sup>2</sup> únicamente resulta aplicable a la pensión plena de jubilación obtenida por 20 años de servicios, pero dicha tasa no puede ser la misma cuando el tiempo de servicio es menor o cuando se trata de la pensión restringida originada en el despido injustificado, en la medida en que la convención colectiva no lo consignó expresa ni explícitamente. Por tanto, dice la Corte, para obtener el modo, método y forma de obtener el monto de la pensión restringida por despido injustificado de los trabajadores del extinto IDEMA se puede acudir, por analogía, a la Ley 171 de 1961 y al numeral 4° del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 (SL rad. 38022-2011, SL 764 – 2018, SL2466-2018, SL3277-2018, SL5341-2019, entre otras).

Y en la sentencia SL3115-2023 el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria indicó que el referido análisis jurisprudencial es aplicable a aquellos casos que se regulan bajo la Convención Colectiva que rigió en la misma entidad empleadora entre el año 1990-1992, en la medida en que las cláusulas de la Convención 1996-1998 solo se diferencia con la citada convención en que los servicios que dan derecho a la pensión son aquellos prestados directamente al empleador.

### **CASO CONCRETO**

**CARLOS JAVIER BURBANO VARA** allegó copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 24 de mayo de 1990, vigencia 1990-1992, celebrada entre el extinto Instituto de Mercado Agropecuario IDEMA y el Sindicato Nacional de Trabajadores del IDEMA SINTRAIDEMA, documento depositado en el Ministerio de Trabajo el 24 de mayo de 1990 (*pág. 38 a 68, archivo “02Demanda”*), por lo que cumple los presupuestos señalados en el artículo 469 del Código Sustantivo de Trabajo.

---

<sup>2</sup> PARAGRAFO II. El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación, será el equivalente al setenta y seis por ciento promedio del salario percibido por el trabajador, durante el último año de servicio.

El artículo 102 de la referida norma convencional, (pág. 48, *archivo “02Demanda”*), estableció lo siguiente:

*“ARTÍCULO 102. PENSIÓN EN CASO DE DESPIDO INJUSTO. El trabajador oficial vinculado por Contrato de trabajo, que sea despedido sin justa causa después de haber laborado más de diez (10) años y menos de quince (15), continuos o discontinuos en una o varias Entidades, Establecimientos Públicos, Empresas del Estado o Sociedades de Economía Mixta de carácter nacional, tendrá derecho a la pensión de jubilación desde la fecha del despido injusto, si para entonces tiene sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad, con posterioridad al despido.*

*Si el despido injusto se produjere, después de quince (15) años de los mencionados servicios, el trabajador oficial tendrá derecho a la pensión, al cumplir cincuenta (50) años de edad, o desde la fecha del despido, si para entonces tiene cumplida la expresada edad.*

*Si el trabajador oficial se retirara voluntariamente, después de quince (15) años de los supradichos servicios, tendrá derecho a la pensión cuando cumpla sesenta (60) años de edad.”*

Bajo los anteriores presupuestos, se acredita que **CARLOS JAVIER BURBANO VARA** se vinculó como trabajador oficial del extinto IDEMA entre el 06 de abril de 1979 y el 29 de agosto de 1991 (*pág. 20 a 22 y 25, archivo “02Demanda”*), fecha en la que se finalizó su contrato de trabajo por decisión unilateral adoptada por el IDEMA, según comunicación del 08 de agosto de 1991 (*pág. 435, archivo “10HojaVidaDemandante”*), donde no se invocó ninguna de las causales legales contempladas en los artículos 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945, es decir, se configuró un despido injusto.

También se demostró que **CARLOS JAVIER BURBANO VARA** es beneficiario de la Convención Colectiva no sólo por haber tenido la calidad de trabajador oficial al servicio del IDEMA durante la vigencia del acuerdo convencional, aspecto que no es objeto de controversia, sino porque la parte pasiva no demostró que el trabajador haya renunciado expresamente a los referidos beneficios.

El demandante nació el 08 de octubre de 1960 (*pág. 17, archivo “02Demanda”*) por lo que cumplió los 60 años el mismo día y mes del año 2020; laboró para el IDEMA un total de 4.461 días, equivalentes a 12 años, 4 meses y 21 días laborados, es decir, que **CARLOS JAVIER**

**BURBANO VARA** cumple los requisitos consagrados en el artículo 102 de la aludida Convención Colectiva para acceder a la pensión de jubilación convencional por despido, pues los mismos fueron satisfechos antes de su pérdida de vigencia y del Acto Legislativo 01 de 2005, restándole tan sólo el cumplimiento de la edad, presupuesto que constituye un requisito de exigibilidad o de disfrute del derecho y no de causación (CSJ SL15605-2016, SL2597-2018, SL3150-2019 y SL3429-2022), motivo suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

La pensión sanción que se otorga resulta compatible con la que le haya sido reconocida o le reconozca el Sistema General de Pensiones, momento a partir del cual la entidad obligada a pagar esta prestación tendrá que pagar el mayor valor si lo hubiere y así se dispondrá en la parte resolutive.

- **Sobre el valor de la primera mesada pensional**

En este caso no resulta aplicable la tasa de reemplazo del 76% prevista en el artículo 101 de la Convención Colectiva de Trabajo, como erróneamente lo dispuso el *a quo*, en la medida en que este aplica únicamente a la pensión legal de jubilación por 20 años de servicios al IDEMA, en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia. Tampoco se puede obtener el IBL incluyendo todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, por lo que este aspecto de la sentencia se modificará.

Por lo tanto, el derecho pensional se liquidará en una cuantía proporcional al valor de la pensión plena de jubilación legal, que conforme la Ley 171 de 1961 y el Decreto 1848 de 1969 es del 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios, aplicando los factores salariales previstos en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985<sup>3</sup>, que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985 (CSJ SL rad. 38022-2011, SL 764 – 2018, SL2466-2018, entre otras). Atendiendo que el actor laboró 12 años,

---

<sup>3</sup> Asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

4 meses y 21 días, tiene derecho a una tasa de reemplazo proporcional del 46,47% sobre el promedio salarial del último año que asciende a la suma de \$177.693 (*salario más sobresueldo de antigüedad, (pág. 25, archivo “02Demanda”)*), monto que al ser indexado arroja como primera mesada pensional a partir del 08 de octubre de 2020 **\$1.120.415**, así:

| Promedio salarial | IPC inicial (1990) | IPC final (2019) | Factor de indexación | Salario actualizado | Valor primera mesada |
|-------------------|--------------------|------------------|----------------------|---------------------|----------------------|
| \$177.693,00      | 7,65               | 103,8            | 13,568627            | \$2.411.050,12      | \$1.120.415          |

Como la pensión se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 1° de 2005, se reconoce sobre 14 mesadas anuales. Se advierte que, si la pensión reajustada año a año resulta inferior al salario mínimo legal mensual vigente, deberá pagarse éste a favor del pensionado.

Ahora, al desconocerse la fecha en que la entidad obligada pagará el retroactivo pensional, no es viable su liquidación previa, lo que conduce a modificar el fallo impugnado.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

Frente a los intereses moratorios, la Sala revocará esta condena y absolverá a la demandada de esta pretensión por cuanto este concepto solo aplica en tratándose de prestaciones de carácter legal concedidas a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y no en pensiones de jubilación convencional, como la que aquí se estudia (CSJ SL16949-2016, SL994-2018, SL1681-2020, SL2802-2020, SL677-2021, SL205-2022, SL945-2022, entre otras), como lo sostuvo el apoderado del **MINISTERIO** en la alzada.

La citada Corporación ha precisado que los intereses moratorios proceden de manera automática por el retardo en el pago de las pensiones legales, salvo algunas excepciones, en casos como: “i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o

*titulares del derecho pensional; iii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa” (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL2414 de 2020, entre otras).*

Por ende, la decisión adoptada por el *a quo* de imponer condena por intereses moratorios, desconoce el precedente judicial emanado de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia quien, de forma pacífica, ha precisado que los intereses moratorios no proceden ante el reconocimiento de pensiones convencionales y en aquellas pensiones causadas antes de la Ley 100 de 1993.

Frente al desconocimiento del precedente, la Corte Constitucional ha precisado que este se presenta cuando se desconoce la posición consolidada que, sobre una misma materia, ha fijado el respectivo órgano de cierre. Pero esta regla no es absoluta, por lo que se puede apartarse válidamente de dicho precedente, siempre que el juez exponga las razones que justifiquen su decisión (CC SU113/18).

En todo caso, la misma Corporación ha insistido que para que se cumplan esos presupuestos el operador jurídico debe asumir exigentes cargas argumentativas:

*“...Primero, tiene la carga de identificar las decisiones previas que podrían ser relevantes para la definición del caso objeto de estudio (transparencia); segundo, si pretende establecer una distinción entre el caso previo y el actual debe identificar las diferencias y similitudes jurídicamente relevantes entre ambos casos y explicar por qué unas pesan más que otras, tal como lo exige el principio de igualdad siempre que se pretenda dar un trato diferente a dos situaciones, en principio, semejantes. Finalmente, el juez debe exponer las razones por las cuales la nueva orientación no solo es “mejor” que la decisión anterior, desde algún punto*

*de vista interpretativo, sino explicar de qué manera esa propuesta normativa justifica una intervención negativa en los principios de confianza legítima, seguridad jurídica e igualdad, de la parte que esperaba una decisión ajustada a las decisiones previas (suficiencia)..." CC SU380-2021.*

Sobre este tópico, también se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que si bien el juez puede apartarse del precedente, para ello debe efectuar una argumentación suficiente de las razones de su disenso, en la medida en que el respeto al precedente es un deber de todas las autoridades judiciales, dada su fuerza persuasiva, casi vinculante y su relación con la protección de los derechos al debido proceso e igualdad, en tanto es garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes (CSJ STL3199-2020 y STL10015-2021, entre otras)

En el presente asunto, no se cumplieron los presupuestos mínimos para apartarse del precedente reiterado de la H. Corte Suprema de Justicia, en cuanto no procede en este tipo de asuntos los intereses moratorios. De un lado, frente al requisito de *transparencia*, en la sentencia no se indicó ni se identificó la existencia de dicho precedente, y respecto del requisito de *suficiencia*, no se expusieron los argumentos amplios y las razones válidas de por qué en este caso debía definirse con una interpretación diferente a la establecida por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria.

Y aun cuando la Corte Constitucional en sentencia C601 de 2000 señaló que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden para todo tipo de pensiones legales, y posteriormente en la sentencia SU068 de 2018 expresó que dichos intereses proceden en todo tipo de pensión, legal o convencional, en este caso se acoge plenamente el precedente de la Corte Suprema de Justicia por ser el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción.

Lo anterior, para reiterar que en el presente asunto no se causaron los intereses moratorios.

Sin embargo, para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo, las mesadas generadas desde el 08 de octubre de 2020 deberán ser indexadas según el IPC certificado por el DANE, desde la exigibilidad de cada una hasta que se produzca su pago y el ingreso efectivo en nómina de pensionados.

- **Sobre la entidad obligada al pago de la pensión convencional**

El apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** sostiene que, en virtud del Decreto 1859 de 2021, a partir del 1° de enero de 2022 la UGPP asumió la obligación legal de resolver toda clase de solicitudes inherentes al Sistema General de Pensiones que formulen los extrabajadores del liquidado IDEMA, así como la defensa judicial.

Sobre el particular, al revisar el citado Decreto, que adicionó el Capítulo 46 al Título 10 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, la Sala encuentra que si bien la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP asumió la función pensional y la administración de la nómina de los pensionados del liquidado Instituto de Mercadeo Agropecuario – IDEMA a partir del año 2022 y la correspondiente defensa judicial, esa competencia no comprende el reconocimiento y pago de pensiones por despido injusto o retiro voluntario cuya exigibilidad se materializó con anterioridad al 30 de noviembre de 2021, por así quedar expresamente establecido en el parágrafo 2° del artículo 2.2.10.46.1. del Decreto 1833 de 2016.

Así, como la prestación reconocida en este proceso corresponde a una pensión convencional por despido injusto exigible desde el 08 de octubre de 2020, es fácil concluir que la entidad encargada de su cumplimiento y pago es el **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** y no la UGPP, por lo que este punto de la sentencia se confirmará.



- **Sobre la excepción de prescripción**

Para resolver este aspecto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones (o reliquidaciones) esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Por tal razón, y dado que se reconoció la prestación a partir del 08 de octubre de 2020, y la demanda fue presentada el 02 de octubre de 2020 (*archivo "01ActaReparto"*), no trascurrió el término trienal señalado en las citadas normas, no prosperando este medio exceptivo. Tampoco prosperan las demás excepciones atendiendo los resultados del proceso.

Se autorizará al **MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** a descontar del retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del demandante, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

## RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia que quedará en los siguientes términos “**CONDENAR** a la NACIÓN - MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL a reconocer y pagar a CARLOS JAVIER BURBANO VARA, identificado con cédula de ciudadanía 4.664.075, la pensión de jubilación de que trata el artículo 102 de la Convención Colectiva suscrita para la vigencia mayo de 1990 a abril de 1992 entre el extinto IDEMA y el Sindicato de Trabajadores del IDEMA - SINTRAIDEMA, en la suma de \$1.120.415, a partir del 08 de octubre de 2020, por 14 mesadas al año, prestación pensional que resulta compatible con la pensión que le haya sido reconocida o le reconozca el Sistema General de Pensiones, momento a partir del cual la entidad obligada a pagar esta prestación solo tendrá que pagar el mayor valor si lo hubiere”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el **ORDINAL SEGUNDO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** a reconocer y pagar al demandante **CARLOS JAVIER BURBANO VARA** el retroactivo por mesadas pensionales que se generen a partir del 08 de octubre de 2020 y hasta cuándo se haga efectivo el ingreso en nómina de pensionados, debidamente indexadas, tomando como IPC inicial el del mes en que se generó cada mesada y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago. Se **AUTORIZA** al **NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo del **DEMANDANTE**.

**TERCERO: REVOCAR** el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la **NACIÓN-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL** de los intereses moratorios, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**QUINTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 38-2022-00027-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 06 de septiembre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y declaró probada la excepción de petición antes de tiempo (min. 1:15:27 archivo “31ActaSentencia20230906”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 1 a 14 archivo “01DemandaAnexos20220121”).

**IDALY GUTIÉRREZ MURILLO** solicitó declarar ineficaz y/o nula nulo su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, intereses moratorios e indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 04 de octubre de 1962, por lo que para el 01 de abril de 1994 tenía 32 años de edad, haciendo parte del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y a la fecha tiene la edad de 59 años y 1452 semanas cotizadas.

Señaló, que era empleada de la Contraloría Distrital de Bogotá y sin autorización fue trasladada al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR hoy el 01 de julio de 1995 y posteriormente realizo traslado a **COLFONDOS**

**S.A.** el 1 de julio del 2000 y posteriormente fue presionada para trasladarse a **COLFONDOS**, pero que nunca fue asesorada por las AFP, quienes no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó el hecho relativo a la edad de la demandante y expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Formuló las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 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 e innominada o genérica (Pág. 3 a 27 archivo “09ContestacionDeDemandaColpensiones20221219”).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones en su contra. Admitió la fecha de nacimiento y la edad de la demandante al 01 de abril de 1994 y la respuesta a las peticiones radicadas por la actora. Expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos e invocó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar de la nulidad del traslado, compensación y pago (pág. 3 a 20 archivo “14ContestacionColfondos20230202”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó la fecha de nacimiento y la edad de la demandante al 01 de abril de 1994 y la afiliación a esa AFP, indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restituciones mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y

porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (Pág. 3 a 19 archivo “20ContestacionDeDemandaPROTECCIÓN20230724”).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 56:25 archivo “31ActaSentencia20230906”).**

El 06 de septiembre de 2023, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora IDALY GUTIÉRREZ MURILLO con destino a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. con ocasión de suscripción de formulario de afiliación el 11 DE AGOSTO DE 1995. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A que conjunta y coordinadamente, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES y a trasladar con destino al RPMPD los recursos integralmente percibidos por cuenta de la demandante durante el tiempo que permaneció irregularmente afiliada al RAIS, recursos que deben transferir los respectivos recursos debidamente indexados, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:*

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

(Valor de Cada Cotización)

*Debiéndose tomar como índice inicial, el del mes en que se verificó el giro de los recursos correspondientes y como índice final, el del momento en que se efectúe el traslado de los recursos con destino al RPMPD, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados 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 las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y solo en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a recursos propios las AFP COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A en proporción al tiempo en que la accionante estuvo afiliada a estas administradoras, lo anterior, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que si subsisten saldos luego de estas operaciones en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los mismos deberán ser girados al Fondo de Solidaridad Pensional, al hacer parte estos recursos al Sistema General de Pensiones. Se precisa que, se ordena el pago indexado de los recursos integralmente percibidos por cuenta de la demandante en la medida en que no obra en el expediente prueba idónea con base en la cual pueda deducir el despacho que los rendimientos de la cuenta de ahorro individual subsuman la eventual pérdida de poder adquisitivo de la moneda en los valores respectivos TERCERO: EXCEPCIONES Dadas*

*las resultas del juicio, el Despacho declara probada de oficio la excepción de PETICIÓN ANTES DE TIEMPO en lo que al reconocimiento de pensión de vejez y sus consecuencias atañe, no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas frente a la ineficacia del traslado **CUARTO: COSTAS** Sin costas en la instancia **QUINTO:** Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR (...)*”.

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia de los traslados al RAIS que realizó la demandante y si, en consecuencia, hay lugar a la condena del traslado de los tales recursos y aportes con destino a **COLPENSIONES** en el RPM; y si hay lugar al reconociendo de la pensión de vejez.

Para resolver, indicó que en el caso en concreto no se cumplió con el deber de información, por lo que procede la declaratoria de ineficacia de la afiliación con DAVIVIR, ya que la afiliación no fue consentida de manera informada. Con respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, señaló que la demandante no cumple con los presupuestos del artículo 36 de la ley 100 de 1993 para estimar que sea beneficiaria del régimen de transición, por lo que el eventual reconocimiento pensional al que pueda tener derecho la demandante debe ser valorado en su oportunidad por **COLPENSIONES**, y si con fundamentos en los tiempos en el RAIS la actora reúne los presupuestos de la ley 100 de 1993, procederá entonces el reconocimiento pensional, agregando que como no se acreditan las condiciones fácticas para ordenar el reconocimiento pensional se debe declarar probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación respecto a la declaratoria de ineficacia y a los conceptos a devolver, argumentando que no es posible ordenar la indexación de los mismos, pues los rendimientos reconocidos fueron superiores, por lo que es excesiva la condena impuesta. (min. 1:19:30 archivo “31ActaSentencia20230906”).

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicita revocar el fallo de primera instancia, considerando que el afiliado también tiene obligación con los fondos administradores de pensiones, por lo que la responsabilidad no recae únicamente sobre estos, pues la voluntad libre de escogencia y afiliación recae en el usuario, de igual modo, dijo que se

debe tener en cuenta la voluntad de la parte actora de permanecer en el fondo, lo que demuestra que se acogió a las características del RAIS (min. 1:21:23. archivo “31ActaSentencia20230906”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la ley 797 de 2003.

Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** pidió la confirmación del fallo de primera instancia.

Las demás partes guardaron silencio.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente su traslado horizontal a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la condena impuesta a la AFP **COLFONDOS S.A.** de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia de la afiliada debidamente indexados, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.



## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **IDALY GUTIÉRREZ MURILLO** nació el 04 de octubre de 1962 (Pág. 19 archivo “01DemandaAnexos20220121”); *ii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 211582 del 11 de agosto de 1995, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1995 (Pág. 20 a 21 archivo “20ContestacionDeDemandaProteccion20230724”), y luego se trasladó a **COLFONDOS S.A.** el 01 de junio del 2000, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 21 a 22 archivo “14ContestacionColfondos20230202”); *iii)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, peticiones que fueron negadas (pág. 96 a 99 archivo “01DemandaAnexos20220121”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y declaró probada la excepción de petición antes de tiempo. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente

para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los

suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.**

brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación idéntica ocurrió con la AFP **COLFONDOS S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que para el año 1994 ingresó a trabajar para la Contraloría de Bogotá, donde se encontraba afiliada a CAJANAL y posteriormente, desde la oficina de talento humano le indicaron que debía trasladarse a un fondo privado, procediendo a entregarle el formulario de afiliación de DAVIVIR, sin recibir alguna información al respecto ni tener comunicación con algún asesor de esa AFP; dice que se sintió coaccionada en su traslado pues así se lo exigieron en la entidad donde trabajaba; de igual, frente a su afiliación a **COLFONDOS**, señaló que no fue asesorada por ningún personal de esa AFP, pues dicha afiliación también se dio por medio de la oficina de talento humano y el personal de la AFP que se encontraba allí únicamente entregaba y recogía los formularios; agregó, que su afiliación a DAVIVIR obedeció a que tenía el conocimiento de que CAJANAL iba a desaparecer; por último, informó que se acercó a las oficinas de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS** con el fin de trasladarse nuevamente al RPM, pero por razones personales no pudo realizar el trámite dentro del tiempo (min. 19:28 archivo “31ActaSentencia20230906”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la

restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de

2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido, se confirmará esta condena. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De igual forma, le asiste razón al Juez de primer grado frente a la considerado con relación al reconocimiento de la pensión de vejez, pues en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado y subsecuente retorno al RPM, la demandante podrá eventualmente reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez, pues no es posible acceder a ello en este proceso porque hasta que las AFP demandadas no efectúen el traslado de las sumas ordenadas no es posible fijar aspectos determinantes de la prestación, como lo son el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, ingreso base de liquidación y fecha de disfrute de la pensión, entre otras; motivo por el cual se confirmará la abstención dada al respecto en primera instancia.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e

imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante **IDALY GUTIÉRREZ MURILLO** del RPM al RAIS con DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A.**, a través de formulario de afiliación No. 211582, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1995 y, en consecuencia, de su traslado horizontal a **COLFONDOS S.A.** el 01 de junio del 2000.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a las **AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con el bono pensional y los rendimientos, así como 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, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

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

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: IDALY GUTIERREZ MURILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2022 00027 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.41-2021-00439-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación presentados por **CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ** y **PORVENIR** contra la sentencia del 26 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró que la **AFP PORVENIR** faltó a su deber de suministrar información de forma clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencia, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional a la demandante y condenó a la AFP al pago de perjuicios materiales y morales (*min. 26:28, archivo “26VideoAudiencia”*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado realizado a **PORVENIR** y, en consecuencia, se condene a la AFP al pago de perjuicios materiales y morales, junto con las condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 29 de julio de 1960 y cumplió 57 años de edad el 29 de julio del año 2017; que se afilió inicialmente al Instituto de Seguros Sociales efectuando cotizaciones desde el 16 de octubre de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1994; que realizó traslado de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS el 07 de junio de 1994, a través de **PORVENIR**, sin que el asesor comercial le brindará información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en dicho régimen; que el 23 de marzo de 2021 le fue otorgada pensión de vejez por parte de la **AFP PORVENIR** por valor mensual de \$2.328.541; que al momento de realizar el cálculo se evidencia que si se hubiera pensionado en el RPM su mesada pensional seria mayor y correspondería a la suma de \$3.057.563; y que presentó reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** (pág. 04 a 15, archivo “01EscritoDeDemandayAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales, los tiempos cotizados, el traslado de régimen pensional, la fecha de nacimiento y la presentación de la reclamación administrativa, expresó que los demás no le constaban, formuló las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; 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 (pág. 4 a 19, archivo “12ContestacionColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación de la demandante a esa AFP, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de

*falta de competencia de la especialidad laboral para conocer del asunto y como de mérito buena fe; inexistencia de la obligación; compensación; prescripción; pago; desconocimiento de los propios actos; la demandante alega su propia negligencia en su beneficio; enriquecimiento sin causa; ratificación de los actos jurídicos y la innominada o genérica (pág. 3 a 20, archivo “13EscritoContestacionDemandaPorvenir”).*

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*(Min. 26:28, archivo “26VideoAudiencia”)*

El 26 de septiembre de 2022, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** que la demandada AFP PORVENIR S.A faltó a su deber legal al no suministrar la información de forma clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional a la demandante CLAUDIA GONZÁLEZ VÁZQUEZ el 7 de junio de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A a reconocer y pagar a la demandante Claudia González Vázquez, la suma de \$148.871.829 por perjuicios materiales y a la suma de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales, conforme la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones elevadas en la demanda. **QUINTO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho a la demandada PORVENIR S.A y a favor de la demandante en la suma de \$5.000.000. **SEXTO: REMITIR** copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021”.

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que, de conformidad con la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **PORVENIR** no allegó prueba alguna que acredite el cumplimiento del deber de información, por lo que dedujo que la demandante realizó el traslado pensional sin conocer las características de cada uno de los regímenes, los aspectos negativos, positivos, las ventajas y desventajas, lo que permite inferir la ausencia de libertad informada. Sin embargo, advirtió que al tener la demandante la calidad de pensionada no se podía declarar ineficaz dicho traslado. Sobre la indemnización de perjuicios sostuvo que se demostraron según

la prueba pericial aportada en la demanda y dada la diferencia entre la mesada pensional reconocida en el RAIS y la que le hubiere correspondido en **COLPENSIONES**. Por eso, consideró esta diferencia para obtener los perjuicios materiales– lucro cesante consolidado (\$62.608.359) y lucro cesante futuro (\$86.263.470), precisando que el cálculo se realizó desde septiembre de 2019, ya que para esa fecha la actora cumplió los requisitos pensionales exigidos en el RPM.

A su vez, sostuvo que, aunque la pensionada no allegó documento, estudio o prueba testimonial que evidencie una afectación grave a la vida en relación o el daño moral que sufrió debido a la conducta omisiva de la AFP, la sola omisión de la AFP de no suministrar información suficiente si permite deducir angustia y afectación psicológica, procedió a impartir condena por perjuicios morales.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de **CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ** presentó recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia, para que se ordene la indexación del monto reconocido por valor de \$62.608.359, ya que al estar calculado al año 2021 ha perdido su poder adquisitivo (*min. 28:30, archivo “26Videoaudiencia”*).

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia. Adujo que la afiliada al suscribir el formulario de afiliación manifestó que conocía las implicaciones y los efectos del traslado, incluidos los relativos a sus bonos pensionales y el, derecho al retracto, lo que es una ratificación del acto de traslado de régimen y si la afiliada no sabía cuáles eran los requisitos para pensionarse y no tenía la información, es inexplicable cómo determinó que podía solicitar la pensión ante la AFP, por lo que conocía las condiciones para dicho reconocimiento.

Manifestó que el monto de la mesada pensional no invalida la calidad de pensionada de la demandante, tampoco demuestra el daño sufrido, menos algún tipo de responsabilidad atribuible a su representada a título de culpa; que la afiliada nunca quiso trasladarse nuevamente al

RPM y el no uso de ese derecho no se le atribuir a la AFP, no pudiendo la actora alegar su propia negligencia en su beneficio, además su conducta contribuyó a consolidar su derecho pensional en la modalidad de retiro programado, siendo el único argumento para obtener el pago de un perjuicio el hecho de que la mesada en el RPM era superior, sin ni siquiera demostrar cual fue el daño, que no puede ser únicamente el monto como lo sostiene la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aspecto sobre el que no cumplió con la carga que le correspondía pues no hay relación de causalidad en el hecho antijuridico imputado a **PORVENIR**. Y que, pese a que el mismo Juez indicó que no se probaron los perjuicios morales, impartió condena por este concepto. En conclusión, sostiene que no está obligada a reparar un daño que ni siquiera se probó y que, en todo caso, se encuentra prescrito (min. 29:44, *archivo "26Videoaudiencia"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR** y **CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si **PORVENIR** faltó al deber de información al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional, la procedencia de la indemnización de perjuicios, la indexación y la configuración de la excepción de prescripción, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos **i) CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ** nació el 29 de julio de 1960 y se afilió al ISS a partir del 16 de octubre de 1985 (*pág. 17 y 36, archivo “01 ESCRITO DE DEMANDA Y ANEXOS”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 07 de junio de 1994, con efectividad del 1° de julio siguiente (*pág. 67 y 70, archivo “13 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA-PORVENIR”*); **iii)** y se encuentra pensionada por **PORVENIR** desde el 05 de marzo de 2021 en cuantía inicial de \$2.646.141, bajo la modalidad de retiro programado (*pág. 129, archivo “13 ESCRITO CONTESTACIÓN DEMANDA-PORVENIR”*).

### - **Sobre la falta al deber de información en el traslado de régimen de transición y la indemnización de perjuicios**

La controversia principal en esta instancia se centra en definir si hubo incumplimiento al deber de información cuando la actora se trasladó del RPM al RAIS y si procede la condena al pago de perjuicios.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias SL1688 de 2019, SL 2279-2021, SL4062 de 2021, SL4609-2021 y SL3188-2022, entre otras, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado

En estos asuntos, dice la Corte, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021,

SL1113-2022 y SL3180-2023, entre otras, definió que cuando se trata de la falta al deber de información en el traslado de régimen pensional de una persona que adquirió con posterioridad la calidad de pensionado, no es posible declarar la ineficacia de dicho traslado, dado que no solamente se debe reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Es decir, señala la Corte, un pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Sin embargo, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia SL373-2021 estimó que para estas personas subsiste la acción pertinente para solicitar la indemnización plena de perjuicios, así:

*“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”.*

No obstante, el solo hecho de haberse omitido el deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia a partir de



la sentencia con Rad. 31.989 de 2008 y la demandante haber cambiado su estatus de afiliada a pensionada, no genera automáticamente la reparación del endilgado perjuicio, pues su reclamación no debe estar prescrita y debe estar acreditado el daño (CSJ SL1085-2023); pero no cualquier daño sino un daño antijurídico real y causado por un comportamiento ilícito de la administradora de pensiones.

En suma, no puede perderse de vista que la obligación de indemnizar perjuicios deviene de una relación de causalidad entre el comportamiento ilícito del agente y el daño irrogado. Esta regla sobre la cual se fundamenta la responsabilidad civil debe orientar el análisis del problema jurídico planteado, es decir, si la conducta del demandado acató los lineamientos legales, jurisprudenciales y regulatorios vigentes al momento de tramitarse el traslado de régimen pensional, frente al daño ocasionado a la parte actora que se tradujo en la imposibilidad de gozar de un mayor monto pensional bajo los parámetros del régimen de prima media, al no estar legitimada para obtener la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado por tener la calidad de pensionada del RAIS, conforme las actuales reglas jurisprudenciales.

Otra precisión, tratándose de una reparación integral de perjuicios, el monto indemnizable se determina al momento de adquirir la condición de pensionada en el RAIS, en caso de considerar que su monto deviene de la diferencia pensional entre uno y otro régimen pensional, su pago no puede diferirse en el tiempo ordenando al fondo de pensiones pagar la diferencia pensional periódicamente, pues se estaría creando un nuevo régimen pensional, lo cual indica que eventualmente tal indemnización se hace exigible desde la data en la que se obtiene el derecho pensional en cualquiera de las modalidades del RAIS, como se estableció en la sentencia SL373-2021; de lo contrario, se estaría asimilando al régimen de prescripción previsto para las mesadas pensionales. Reiterando que el término de prescripción es el previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

### **CASO CONCRETO**

En el este asunto no hay prueba que, al momento del traslado de la demandante del RPM al RAIS, **PORVENIR** brindara asesoría completa

y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por lo que es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional, conforme lo exigió posteriormente la Sala de Casación Laboral en la Sentencia con Rad. 31.989 de 2008.

Y la parte actora en el interrogatorio se limitó a indicar que la asesora de la AFP le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y ante ese miedo, que se estaba difundiendo por todas partes, suscribió el formulario, pero no entregó ninguna información adicional, por lo que dicha circunstancia no es suficiente para beneficiar a la parte demandada, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Bajo el referido precedente, la Sala rechaza los argumentos señalados en el recurso de apelación formulado por **PORVENIR**, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio conforme las exigencias jurisprudenciales adoptadas con posterioridad al acto de traslado, no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, razón suficiente para confirmar el ordinal primero de la sentencia recurrida.

Ahora, sobre la indemnización de perjuicios, **PORVENIR** sostiene en la alzada que no se demostró el daño sufrido, que no hay ningún tipo de responsabilidad que se le pueda atribuir a título de culpa, que en dado caso la sola diferencia de mesadas pensionales no puede ser el único argumento para obtener el pago del perjuicio y que la parte actora no cumplió la carga probatoria que le correspondía.

Al respecto, la razón está del lado de **PORVENIR**. Esta Sala de Decisión no encuentra configurados los elementos esenciales de la responsabilidad civil que conduzcan a declarar judicialmente a cargo de

la parte demandada la obligación de indemnizar los perjuicios reclamados en el presente litigio, pues no se advierte ilicitud de su conducta como tampoco la antijuricidad del daño en las truncadas expectativas pensionales de la demandante, conforme pasa a explicarse.

Resulta pertinente mencionar que el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional se encuentra previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; en el artículo 114 *ibídem*, que dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones; el artículo 271 de la misma Ley señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea; en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Sin embargo, el mismo Estado a través del Decreto 692 de 1994, artículo 11, en su momento determinó cuáles eran los requisitos para que pudiera materializarse el proceso de vinculación de un potencial afiliado mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, al que estaban sometidos las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, requisito sin el cual no se consideraba válida su vinculación al sistema o régimen pensional. Para dicho ente regulador y de control, los requisitos legales para perfeccionar el traslado de régimen pensional se satisfacían con el diligenciamiento del formulario debidamente firmado por el afiliado y la posterior verificación de dicha información por parte de la administradora de fondos receptora del nuevo afiliado.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y hasta la expedición de la Sentencia Rad. 31.989 de 2008, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era suficiente que el afiliado

declarara que el traslado lo hacía libre y sin presiones para entenderse válidamente efectuado, sin perjuicio de la información que el representante del fondo de pensiones suministrara al afiliado objeto de traslado de régimen pensional, cuyo contenido y precisión no estaba detalladamente regulada en el ordenamiento jurídico, únicamente el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Solo a partir de la Sentencia fundadora de línea jurisprudencial con Rad. 31.989 de 2008, la Sala de Casación Laboral empieza a determinar el sentido y alcance del libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social al momento del traslado de régimen pensional, advirtiendo que este no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión, criterio reiterado con posterioridad.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Es decir, a partir de las referidas sentencias el deber de información cobró mayor relevancia, así también se dispuso en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, que introdujo el deber de asesoría y buen consejo, reglamentado por el Decreto 2241 de 2010. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2279-2021 expresó que esta disposición 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 perjudicarlo*". Y finalmente, en la Ley 1748 de 2014, reglamentada por el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y en la Circular Externa No.016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, se estableció la doble asesoría que *"lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales"* (CSJ SL2279-2021).

Lo anterior para resaltar que la AFP al tramitar el traslado de régimen pensional, actuó al amparo del principio de confianza legítima, bajo el pleno convencimiento de cumplir su deber legal, aplicando la normativa vigente y siguiendo las instrucciones impartidas por la entonces Superintendencia Bancaria; solo a partir del año 2008, con ocasión de la decisión del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, se precisó el alcance del deber de información bajo la institución de la libertad o consentimiento informado, que tuvo su máximo nivel de desarrollo jurisprudencial a partir del año 2019. En consonancia con las reglas de decisión que iba dictando la Sala Laboral de la Corte, el legislador expidió la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, las cuales suplieron el vacío normativo que sobre la materia imperó durante el periodo 1994 a 2008.

### **-Sobre el Daño**

En relación con el daño alegado por la demandante, representado en la pérdida de oportunidad de haber obtenido un mayor monto pensional bajo el régimen de prima media, al carecer de legitimación en causa por activa para demandar y obtener judicialmente la declaratoria de ineficacia del traslado, por tener la condición de pensionado del RAIS, debe llamarse la atención que tal restricción sólo aparece en la jurisprudencia a partir de la sentencia SL373-2021 (10 de febrero), que recogió el criterio expuesto en la Sentencia Rad, 31.989 de 2008, la cual precisamente declaró la nulidad de traslado de régimen pensional de un pensionado del RAIS, es decir, los pensionados del RAIS, en el periodo comprendido entre el año 2008 y 2021, tuvieron la posibilidad de demandar la ineficacia del traslado, pero una modificación de la jurisprudencia, en otros términos, una variación de las reglas decisionales de la Sala Laboral de la Corte, truncaron tal expectativa. Luego, en gracia

de discusión, determinar la causa del daño alegado por el demandante, pasa por definir si tuvo origen en la falta al deber de información de la AFP o en el cambio en la jurisprudencia que en forma pacífica consideró durante 13 años que tal reclamo era posible, pero ahora lo estima inviable jurídica, técnica y financieramente.

Por tanto, a la parte actora, durante su afiliación al régimen de seguridad social en pensiones, le han aplicado la regulación legal y jurisprudencial vigente, pero es evidente que desde el punto de vista legal y jurisprudencial sus expectativas por lograr una mejor prestación económica pensional se desvanecieron, pues al comparar la liquidación la pensión de vejez en el régimen de prima media con la que otorga el RAIS, en la mayoría de los casos aquella resulta más favorable, pero corresponde a un modelo pensional definido en la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia; razón por la cual esa diferencia pensional que escapa a las aspiraciones de la demandante no puede considerarse como un menoscabo o daño antijurídico a su patrimonio que deba ser indemnizado por la demandada, pues tal consecuencia adversa deviene de la aplicación del ordenamiento jurídico vigente al momento de tramitar su traslado de régimen pensional y de acudir a la administración de justicia.

En un hipotético caso, si se aceptara que por el sólo hecho de faltarse al deber de información se generara la reparación de un perjuicio, en aplicación retroactiva del precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL373-2021, para ello se requiere que estén debidamente demostrados y probados (CSJ SL1085-2023), circunstancia que no se encuentran acreditadas en este juicio. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, establece que en cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (art. 1.613 Código Civil). El daño emergente es el perjuicio o la pérdida derivada de no haberse cumplido la obligación o retardado

su cumplimiento; y lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse por no haberse cumplido la obligación, o retardado su cumplimiento (art. 1.614 Código Civil).

Desde el punto de vista legal, para la configuración de la indemnización por perjuicios, el artículo 2.341 del Código Civil, exige la concurrencia de tres elementos, el daño, la culpa y una relación de causalidad entre estos. En cuanto al daño, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *“la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación”* (CSJ SC506-2022).

En el presente asunto el daño se encuentra soportado en la diferencia entre la mesada reconocida en el RAIS y la mesada que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el evento que no se hubiese trasladado de régimen pensional, así se planteó en la demanda, tesis que aceptó el juzgado de instancia bajo la premisa que dicho perjuicio se indemnizaba bajo el concepto de lucro cesante y perjuicios morales.

En el plenario no hay un ejercicio comparativo entre la mesada reconocida en el RAIS y la que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media, que evidenciara el perjuicio a indemnizar. Y aun cuando se aportó el histórico de aportes pensionales tanto en el Instituto de Seguros Sociales como en la AFP, que haría viable realizar la liquidación, obtener el valor real de la mesada pensional en el RPM y calcular las diferencias con el valor de la mesada reconocida por el fondo demandado, dicho aspecto tampoco sería suficiente para impartir condena.

Esto por cuanto el daño debe ser real, cierto y efectivo y no eventual o hipotético, y para el caso de **CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ** la prestación pensional reconocida se hizo bajo la modalidad de retiro programado, en donde para determinar el valor de la mesada *“se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital*

*necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad. El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente” (artículo 81 Ley 100 de 1993).*

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que esta modalidad pensional “*imponen a los fondos privados la obligación de controlar los saldos de la cuenta de ahorro individual, a fin de que en el evento de que exista el riesgo que el capital disminuya y se torne insuficiente, el pensionado deba tomar de manera imperativa una renta vitalicia con una aseguradora*” (CSJ SL3451-2022 y SL-2562-2023).

Este escenario supone que tomar como referente la diferencia pensional entre las mesadas en los dos regímenes existentes para resarcir un presunto perjuicio sería desacertado, en la medida en que el valor de la mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en la modalidad de retiro programado, no sería constante y su monto se encuentra condicionado al mercado bursátil, por lo que podría aumentar o decrecer, lo que conduciría a que se estuviera indemnizando un perjuicio eventual o hipotético, distinto al objetivo reparador de esta prestación. Sin mencionar que un reconocimiento en tal sentido crearía una nueva prestación a cargo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las características de ambos regímenes pensionales (CSJ Sala de Descongestión Laboral SL2924-2023), contrariando lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, según el cual los dos regímenes coexisten, pero son excluyentes, o mejor, la consecuencia sería la de crear un nuevo régimen pensional a cargo del RAIS.

Respecto de perjuicios morales, los mismos no fueron demostrados por la actora.

Finalmente, no sobra advertir que establecer un régimen de responsabilidad civil en los contornos planteados en este litigio,



compromete no solamente a la AFP, sino que conduciría también a estudiar la posible responsabilidad del Estado, pues no puede soslayarse la conducta del Instituto de Seguros Sociales en aceptar el traslado de régimen pensional sin asegurarse previamente que su otrora afiliado había sido debidamente informado de la decisión que estaba tomando; así como la función desarrollada por parte de la Superintendencia Bancaria o Superintendencia Financiera, entidad pública de regulación, control y vigilancia de las entidades que administran el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de quien sería imprescindible conocer las actuaciones y seguimientos adelantados respecto de la verificación del cumplimiento de las obligaciones que tenían los fondos de pensiones del RAIS conforme con el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 – en especial el numeral 1°, y el Decreto 692 de 1994 – artículos 11 y 15, cuyo análisis no sería de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, sino de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, no se dan los presupuestos necesarios para acceder a la reparación integral. Por ende, se revocarán los ordinales segundo y quinto de la sentencia y se absolverá a **PORVENIR** de la indemnización solicitada, relevándose la Sala, por sustracción de materia, del estudio de la apelación formulada por la parte actora y de los demás puntos objeto de reproche formulados por la AFP.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los **ORDINALES SEGUNDO Y QUINTO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a **PORVENIR** de los perjuicios materiales y morales reclamados por **CLAUDIA GONZALEZ VASQUEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** en las instancias.

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.43-2023-00404-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 23 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y aporte al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación y recibir las sumas trasladadas (*min. 01:37:30, enlace archivo “18ActaFallo2023404”*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**ROCIO MIREYA PEÑA MESA** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

**CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado realizada al RAIS y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y demás descuentos realizados, y a **COLPENSIONES** a recibirla y mantenerla como su afiliada, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que estuvo afiliada al ISS desde el 25 de febrero de 1987 hasta el 30 de junio de 1995; que el 1° de octubre de 2006 los asesores de PORVENIR le presentaron el nuevo régimen pensional, le informaron que el ISS se iba a acabar, que las semanas cotizadas se perderían, que si se cambiaba de régimen obtendría mayores rendimientos y se podía pensionar en el momento en que lo deseara, sin que le hayan entregado información adicional, por lo que a partir de esa fecha se afilió a esa AFP; que el 17 de marzo de 2023 presentó ante **COLPENSIONES** solicitud de nulidad del traslado de régimen, petición que fue negada en comunicación del 30 de marzo siguiente; que según **PORVENIR** la mesada que obtendría a los 57 años sería de \$1.160.000, mientras que en el RPM la mesada ascendería a \$2.308.184 (*pág. 65 a 76, archivo “06SubsanacionDemanda”*).

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación a esa AFP pero aclaró que la misma se surtió en el año 2000, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones 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 (pág. 3 a 35, archivo “09ContestacionDemandaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones 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 y la innominada o genérica (pág. 4 a 35, archivo “10ContestacionColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:37:30, enlace archivo “18ActaFallo2023404”)

El 23 de noviembre de 2023, el Juzgado Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la señora ROCIO MIREYA PEÑA MESA del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLPATRIA hoy PORVENIR, 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 ROCIO MIREYA PEÑA MESA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos. Asimismo, los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aporte al fondo de garantía 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 ROCIO MIREYA PEÑA MESA 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 a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR** no probados los supuestos de hecho que soportan las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. **QUINTO: COSTAS** a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y en favor de la demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. No se condena en costas a COLPENSIONES. **SEXTO:** Remítase el presente proceso al H Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES...”

Como sustento de la decisión la Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el fondo de pensiones no cumplió la carga procesal de demostrar que cumplió con el deber de dar información útil, pertinente y necesaria a la demandante al momento del traslado, no siendo suficiente el formulario de afiliación, y el hecho de que no hiciera aportes con posterioridad al año 1995 no genera la desafiliación del sistema pensional, por lo que concluyó que ese traslado es ineficaz.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante presentó recurso de apelación parcial. Solicita se condene a **COLPENSIONES** al pago de costas procesales porque dicha entidad se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda, propuso excepciones que fueron declaradas no probadas y fue vencida en el proceso (*min. 01:39:25, enlace archivo “18ActaFallo2023404”*).

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación. Adujo que la demandante suscribió formulario con Colpatria de forma libre voluntaria y sin presiones, por lo que no hay lugar a la condena impuesta; que los gastos de administración no han perdido el poder adquisitivo, al contrario lograron incrementar el saldo de la cuenta de la afiliada y estos gastos no hubieran generado esos rendimientos en el RPM, por lo que considera que existe un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y de la parte actora, no siendo procedente la indexación ordenada. Y finalmente, que no procede la condena en costas en contra de la entidad (*min. 01:40:25, enlace archivo “18ActaFallo2023404”*).

Y el apoderado de **COLPENSIONES** sostuvo que se debe revocar la sentencia en la medida en que no se trató de un traslado de régimen sino de una afiliación al sistema pensional en la medida en que entre el año 1995 a 2006 la demandante no realizó cotizaciones y el formulario de vinculación con Colpatria se suscribió en el año 2000, fecha para la cual no se encontraba realizando aportes al Régimen de Prima Media con

Prestación Definida, dada su condición de inactiva (*min. 01:43:45, enlace archivo “18ActaFallo2023404”*).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR** reiteró los argumentos expuestos en la alzada. Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES**, aunque insistió en la solicitud de revocatoria de la sentencia, planteó unas razones adicionales que no se mencionaron al momento de sustentar la alzada.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a COLPENSIONES, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, estudiará los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, la procedencia de la devolución de los gastos de administración, indexados, y la imposición de costas procesales,

conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

### VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) ROCIO MIREYA PEÑA MESA** nació el 03 de octubre de 1965 y se afilió al ISS en febrero de 1987 (*pág. 56 y 64, archivo “01DemandaPoderAnexos”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLPATRIA hoy **PORVENIR** el 18 de enero de 2000, con efectividad a partir del 1° de marzo del mismo año, donde permanece vinculada actualmente (*pág. 99, 100 y 109, archivo “09ContestacionDemandaPorvenir”*).

#### - **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de



pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado tenga una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En este asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, COLPATRIA hoy **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de

cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la demandante en el interrogatorio indicó que los asesores llevaron el formulario, lo diligenció pero no le dieron ninguna información, además que esa vinculación era un requisito para poder empezar a ejecutar el contrato de prestación de servicios con la entidad Red de Solidaridad Social, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Se resalta que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Actos como no usar el derecho de retracto, permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **PORVENIR** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, indexados, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Además, la orden impartida por el *a quo* en el sentido de ordenar a **COLPENSIONES** a tener a la demandante como su afiliada y a recibir los aportes obliga a dicho fondo a reactivar la afiliación sin solución de continuidad y a actualizar la historia laboral, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras. En tal sentido, se confirmará este punto de la sentencia.

Para responder la inconformidad planteada por **COLPENSIONES**, basta señalar que la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al Sistema General de Pensiones y no se pierde por dejar de cotizar durante uno o varios períodos (art. 13 Decreto

692 de 1994), como sucedió en el presente caso, por lo que para la Sala no hay duda alguna que la suscripción del formulario en el año 2000 se hizo para materializar el traslado de régimen pensional, relación jurídica que se ha declarado ineficaz en esta acción, motivo por el cual se descarta este planteamiento.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Y finalmente, frente a la inconformidad de la apoderada actora por la no imposición de costas a **COLPENSIONES** en el trámite de primera instancia y por el descontento de **PORVENIR** por la condena en su contra, el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación realizada tanto por **COLPENSIONES** como **PORVENIR**, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

En consecuencia, las dos entidades demandadas deben asumir dicho monto, motivo por el cual se modificará el alcance de esta

condena, siendo obligación del juez fijar las agencias en derecho, en contra de **COLPENSIONES**, en su oportunidad procesal. En todo caso, se advierte que la cuantía que se determine solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del Código General del Proceso.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar, junto con **PORVENIR**, las costas y agencias en derecho de la primera instancia. El monto a cargo de **COLPENSIONES** deberá ser fijado por el *a quo*, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

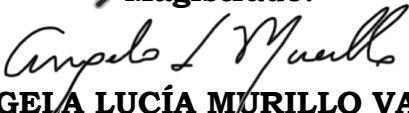
**TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.

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

**QUINTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ROCIO MIREYA PEÑA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 043 2023 00404 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada





**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 46-2023-00078-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra el fallo del 26 de septiembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** (min. 1:44:52 archivo “23AudienciaArt77y80Cpl”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 1 a 19 archivo “02Demanda”).**

**JOSE ANTONIO GULFO CABALLERO** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, o de manera subsidiaria, la nulidad del traslado, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 21 de abril de 1957, que se afilió al Sistema General Pensiones en el mes de diciembre de 1983 cotizando a CAJANAL, que en el mes de julio del 2000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y para diciembre del 2001 realizó traslado a **PORVENIR S.A.**, acreditando más de 2020 semanas. Señaló, que el 15 de marzo de 2023 solicitó ante las demandadas la nulidad o ineficacia del traslado, peticiones que fueron negadas.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al RAIS, el traslado horizontal y la solicitud administrativa, expresó que no eran ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de error sobre un pinto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho e innominada o genérica. (Pág. 3 a 29 archivo “*12RespuestaColpensiones*”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, la afiliación a esa AFP, la solicitud de nulidad de traslado presentada y su respuesta negativa. solicitud administrativa, expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Pág. 2 a 30 archivo “*13RespuestaDemanda*”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Admitió los hechos relativos a la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al RAIS, solicitud de nulidad de traslado presentada y su respuesta negativa. Expresó que no eran ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones. (pág. 3 a 26 archivo “*14ContestacionDemandaProteccion.*”)

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (1:15:48 archivo “*23AudienciaArt77y80Cpl*”).**

El 26 de septiembre de 2023, el Juzgado 46 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por JOSE ANTONIO GULFO CABALLERO con destino a la AFP Santander, hoy Protección SA, el 4 de julio del 2000; de acuerdo con las consideraciones de esta decisión. **SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP Porvenir 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 Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. **TERCERO: ORDENAR** a la AFP Protección SA el traslado de los dineros descontados 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, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo de permanencia del actor en esta 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. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de JOSE ANTONIO GULFO CABALLERO como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a Colpensiones y a las AFP Porvenir SA y Protección SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante. **SÉPTIMO: REMÍTASE** el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (…)”.*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es ineficaz, o en subsidio nulo, el traslado del régimen pensional efectuado por el actor el julio de 2000, del RPM al RAIS, administrado en ese entonces por AFP SANTANDER, hoy **PROTECCIÓN S.A.**; así como el posterior traslado horizontal a la **AFP PORVENIR S.A.** En caso afirmativo, determinarse los efectos de esa declaratoria, concretamente

sobre la activación de la vinculación del actor en el RPM y el eventual traslado de recursos a cargo de las AFP accionadas.

Para resolver, indicó que en el presente caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento informado, asimismo, que la carga de la prueba debe recaer sobre las demandadas, esto es, demostrar que el traslado y afiliación se dio libre, voluntario e informado. Para la *a quo* no se acredita que las AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpone recurso de apelación, argumentando que no se observa ningún impedimento para que el fondo en su momento rechazara la afiliación del demandante, quien provenía de **PROTECCIÓN** por lo que el deber de información le correspondía a esa AFP, demostrándose además, que en el proceso se demostró la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS al momento de realizar el traslado horizontal, al igual que en interrogatorio de parte aquel señaló que se acercó a las AFP para realizar la afiliación. Señaló que, en caso de confirmar la sentencia, solicita se revoque la condena por devolución de gastos de administración y pólizas de seguro previsional, así como de la condena por indexación y costas. (min. 148:22 archivo “23AudienciaArt77y80Cpl”)

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder la doctora María Fernanda Flórez Pedraza, identificada con CC 1.098.758.882 y TP 360.530 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

A su vez, la apoderada de **PORVENIR S.A** solicitó revocar el fallo, y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo y condenar en costas a la demandada apelante, tras considerar que las demandadas no cumplieron con su obligación legal de suministrar toda la información necesaria para captar la afiliación del demandante.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente, su traslado horizontal a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de las condenas impuestas a la AFP **PORVENIR S.A.** de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia del afiliado debidamente indexados y de pagar costas del proceso, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **JOSE ANTONIO GULFO CABALLERO** nació el 21 de abril de 1957 (Pág. 1 archivo “03AnexosDemanda”); **ii)** el demandante se afilió al RPM a través de la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL desde diciembre de 1983; **iii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 5106032 del 04 de julio de 2000 (Pág. 28 a

29 archivo “14ContestaciónDemandaProteccion”); posteriormente, se trasladó a **PORVENIR S.A.** con formulario de vinculación No. 01648608 del 17 de diciembre de 2001, AFP donde se encuentra actualmente afiliado (Pág. 31 archivo “13RespuestaDemanda”); **iv)** el demandante elevó solicitud de nulidad o ineficacia de traslado ante las demandadas, peticiones que fueron negadas (Pág. 21 a 51 archivo “03AnexosDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información

objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación idéntica ocurrió con la



AFP **PORVENIR S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información al demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio (min. 14:55 archivo “23AudienciaArt77y80Cpl”) manifestó que al momento de firmar el formulario de afiliación no recibió ningún tipo de información de los asesores de SANTANDER, que decidió trasladarse porque para ese tiempo desapareció CAJANAL, fondo pensional donde cotizaba y porque le informaron que debía buscar otro fondo pensional, que para ese entonces solo tuvo comunicación con el asesor para el diligenciamiento del formulario de afiliación y por tanto no se le informó sobre las características y requisitos de la AFP, ni sobre las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS y que nunca ha realizado ningún tipo de solicitud o queja a esa AFP; por otro lado, señaló que escuchó que la AFP SANTANDER iba a desaparecer y que al momento de buscar otro fondo encontró a PORVENIR, AFP que no le suministro ningún tipo de información, pues solo diligenció y firmó el formulario de afiliación; por último, informó que su motivación para trasladarse a **COLPENSIONES** obedece a que allí obtendría una mejor pensión y que no cree que realizara aportes directos al ISS pues antes de trasladarse al RAIS realizó aportes a CAJANAL. Dichos que no benefician a las demandadas, puesto que si bien el actor aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Frente a la inconformidad de la apoderada de la apelante por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala prohijará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

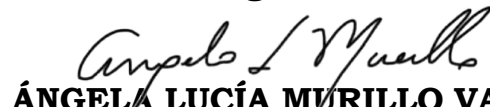
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

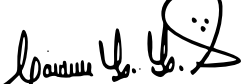
**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: JOSE ANTONIO GULFO CABALLERO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 046 2023 00078 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 46-2023-00180-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 26 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN** (min. 1:20:16 archivo “21AudienciaArt77y80Cpl”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 1 a 15 archivo “02Demanda”).**

**OSCAR VEGA GARCIA** solicitó declarar ineficaz y/o nula su afiliación o traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que estuvo afiliado al ISS desde el mes de febrero de 1983 hasta el mes de septiembre del 2000, acreditando un total de 859,71 semanas en el RPM, que para ese año 2000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y para el año 2003 realizó traslado horizontal a **PROTECCIÓN S.A.** Señaló, que el 08 de junio de 2022 solicitó ante las demandadas la nulidad o ineficacia del traslado, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la presentación de la reclamación administrativa y que fue negada, expresó que no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de aplicación de precedente establecido en la sentencia 373 del 2021, el error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de la legalidad de los actos administrativos, cobro de lo debido, buena fe, inexistencia del derecho e innominada o genérica. (Pág. 3 a 36 archivo “10ContestacionDemanda”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y excepción genérica (Pág. 2 a 31 archivos “11ContestaciónPorvenir”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la afiliación del demandante a esa AFP, las semanas cotizadas y la radicación de la solicitud de nulidad de traslado. Expresó que no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto. (pág. 3 a 30 archivo “1ContestacionDemandaProteccion”)

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (1:31:45 archivo “21AudienciaArt77y80Cpl”).**

El 26 de octubre de 2023, el Juzgado 46 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por OSCAR VEGA GARCIA con destino a la AFP Horizonte SA, hoy Porvenir SA, el 2 de octubre del 2000; 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: ORDENAR** a la AFP Porvenir SA el traslado de los dineros descontados 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, 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 Porvenir SA, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que ponga a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir los valores referidos en los ordinales anteriores y a mantener la afiliación de OSCAR VEGA GARCIA como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional, debiendo actualizar su historia laboral. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas. **SEXTO: CONDENAR** en costas de esta instancia a Colpensiones y a las AFP Porvenir SA y Protección SA. Inclúyase como agencias en derecho el equivalente a un smlmv a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante. **SÉPTIMO: REMÍTASE** el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (...)*”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si es nulo o ineficaz el traslado del régimen pensional efectuado por el actor el 02 de octubre del año 2000, del RPM administrado por el ISS, hoy **COLPENSIONES**, al RAIS administrado en ese entonces por AFP HORIZONTE S.A., hoy **PORVENIR S.A.**; así como el posterior traslado horizontal a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** En caso afirmativo, determinarse los efectos de esa declaratoria, concretamente sobre la activación de la vinculación del actor en el RPM y el eventual traslado de recursos a cargo de las AFP accionadas.

Para resolver, indicó que en el presente caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento informado, asimismo, que la carga de la prueba debe recaer sobre las demandadas, esto es, demostrar que el traslado y afiliación se dio libre, voluntario e informado. Para la *a quo* no se acredita que las AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información y que, del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.



### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, en razón a que al momento del traslado la entidad no participó en el trámite administrativo y que no puede desconocerse que la parte actora pudo acceder a la información a través del tiempo, por lo que se deben revisar las situaciones propias de cada caso. (min. 1:23:53 archivo “21AudienciaArt77y80Cpl”).

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpone recurso parcial respecto al numeral tercero de la sentencia de primera instancia, relativa a la condena impuesta de trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia, así como la indexación, argumentando que durante el tiempo que esa AFP administró la cuenta de ahorro del demandante dichos dineros incrementaron su capital generando unos rendimientos y no se le ocasionó a la parte actora un detrimento, asimismo, dichos rendimientos fueron trasladados a **PROTECCIÓN**, por lo que no hay lugar a condenar a su representada, además que la AFP solo acató la normatividad vigente. (min. 1:25:54 archivo “21AudienciaArt77y80Cpl”)

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma TABOR ASESORES LEGALES S.A.S., apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder la doctora María Fernanda Flórez Pedraza, identificada con CC 1.098.758.882 y TP 360.530 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

A su vez, el apoderado de **PORVENIR S.A** solicitó revocar el fallo, y en su lugar, absolver a su representada de todas las pretensiones incoadas y de las condenas impuestas, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo y condenar en costas a la demandada apelante.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia

de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y posteriormente, su traslado horizontal a **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de las condenas impuestas a la AFP **PORVENIR S.A.** de trasladar a **COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia del afiliado debidamente indexados, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 1060708 del 02 de octubre del 2000, efectivo a partir del 01 de diciembre del 2000 (Pág. 86 a 95 archivo “11ContestacionPorvenir”), posteriormente, a través de formulario No. 6120971 del 25 de marzo de 2003 se trasladó a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN**, AFP donde se encuentra actualmente (Pág. 42 archivo “06ContestacionDemandaProteccion”); *ii)* el demandante elevó solicitud administrativa a las demandadas (Pág. 143 a 181 archivo “03AnexosDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitivos de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de

información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación idéntica ocurrió con la AFP **PROTECCIÓN S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información al demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio (min. 13:25 archivo “21AudienciaArt77y80Cpl”) manifestó que no recuerda haber recibido algún tipo de información por parte del asesor de HORIZONTE, quien solo le dijo que el régimen privado era mejor porque podría realizar aportes voluntarios y así poder pensionarse antes únicamente, por lo que solo diligenció el formulario de afiliación, sin recibir información sobre las características y beneficios del fondo, indicando que en el momento solo sabía que podría obtener mejores condiciones al realizar cambio de régimen pensional; indica que sabe que los requisitos pensionales consisten en cumplir con un número de semanas y una edad para poder obtener la pensión, mas no conoce los requisitos para pensionarse en el RAIS. Por otro lado, indica que su traslado a SANTANDER hoy **PROTECCIÓN** fue un proceso administrativo entre los fondos y solo le informaron que sería trasladado, que no recuerda haber firmado algún formulario de afiliación y no le fue entregada ninguna información por parte de esa AFP; no sabe cuáles serían los requisitos pensionales con PROTECCIÓN. Dichos que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien el actor aceptó haber firmado el formulario de afiliación a HORIZONTE de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará

en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o

beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala prohijará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

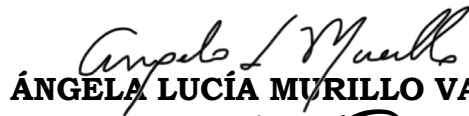
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: OSCAR VEGA GARCIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 046 2023 00180 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 02-2020-00312-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de este, contra el fallo del 19 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 1:09:37 archivo “15GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 2 a 16 archivo “01ExpedienteUnificado”).**

**MARÍA YOLANDA SANABRIA GUERRERO** solicitó declarar la ineficacia de su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 13 de julio de 1962, que se afilió al ISS desde 01 de abril de 1982 hasta el 01 de agosto de 2014, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** el 05 de octubre del 2000, afiliación que se dio de manera desinformada, por lo que la AFP, quien no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales, por lo cual elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la demandante

realizó reclamación administrativa y que esta fue negada, de igual modo aceptó los hechos relativos a la edad y la afiliación al RAIS. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica (Pág. 3 a 40 archivo “03ContestacionColpensiones”).

El Curador *ad litem* de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda y se opuso a los pedimentos de la actora (Pág. 2 a 4 archivo “09ContestacionCurador”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 35:23 archivo “15GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”).**

El 19 de octubre de 2023, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora MARÍA YOLANDA SANABRIA GUERRERO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.652.669, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por a PORVENIR S.A., el día 5 de octubre del 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que TRANSFIERA dentro de los cuarenta y cinco (45) días todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante MARÍA YOLANDA SANABRIA GUERRERO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.652.669, junto con las sumas correspondientes a rendimientos y comisiones por la administración indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. La citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a las 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. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación realizada el 1 de abril de 1982, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención a futuro de la pensión de la señora MARÍA YOLANDA SANABRIA GUERRERO identificada con cédula de ciudadanía No. 51.652.669, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones*

*propuestas por la demandada. **QUINTO: ABSOLVER A LAS DEMANDADAS** de las restantes pretensiones incoadas en su contra por la demandante. **SEXTO: CONDENAR** en costas a la parte accionada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente. **SEPTIMO:** Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remitir el proceso al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, en grado jurisdiccional de consulta en su favor si la presente decisión no fuere apelada. **OCTAVO:** Por Secretaría y previo a remitir el expediente al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Laboral, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 (...).*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de la demandante al RAIS administrado por **PORVENIR**, efectuada el 05 de octubre del 2000, como consecuencia de ello, si **PORVENIR S.A.**, debe trasladar a la demandante junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos al RPM administrado por **COLPENSIONES**, si **COLPENSIONES** debe activar la afiliación de la demandante en el RPM, al pago de las costas y las agencias y las demás condenas ultra y extra *petita*.

Para resolver, el Juez indicó que el deber de información y buen consejo recae en las AFP, a quienes les corresponde el informar condiciones de acceso, efectos, riesgos, así como las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, asimismo, la firma del formulario de afiliación no es prueba de que se haya cumplido el deber de información, por lo que no es suficiente que la afiliación sea libre vicios, de igual modo, el saneamiento no procede por el mero paso del tiempo. Para la *a quo* no se acreditó que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información y que de su interrogatorio de parte no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003 para retornar al RPM, que al darse la declaratoria de nulidad y/o traslado se está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de pensiones, pues la demandante no ha estado vinculada a esa entidad y **COLPENSIONES** no tuvo injerencia alguna dentro del traslado y afiliación (min. 1:48:40. archivo “22Audienca05julio2023”).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. Las demás partes guardaron silencio.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

#### VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MARÍA YOLANDA SANABRIA GUERRERO** nació el 13 de julio de 1962 (Pág. 31 archivo “01ExpendienteUnificado”); **ii)** la demandante se afilió al ISS el 01 de abril de 1982 (Pág. 32 a 44 archivo “01ExpendienteUnificado” y (Pág. 111 a 112 archivo “03ContestacionColpensiones”); **iii)** la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación **PORVENIR S.A.** a través de formulario de afiliación No. 01454184 del 05 de octubre de 2000, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1995 (Pág. 60 archivo “01ExpedienteUnificado”); **iv)** la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, peticiones que fueron negadas (Pág. 46 a 59 archivo “01ExpedienteUnificado”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada*

*decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la

sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, pues basta con observar que no concurrió al proceso, encontrándose representada por curador *ad litem*, quien no aportó ningún medio probatorio a su favor; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Al igual, al valorar el interrogatorio de parte que rindió la demandante, se observa que aquella manifestó que su motivación para trasladarse al RPM consiste en que en **COLPENSIONES** obtendría una mejor oportunidad pensional en comparación a **PORVENIR** y que allí obtendría una mejor seguridad pensional, que no tuvo ninguna garantía al estar afiliada al RAIS, afiliación que se llevó a cabo porque le informaron que el ISS iba a desaparecer y que perdería sus aportes, asimismo, indicó que cuando realizó el traslado solo se le informó que obtendría mejores beneficios pensionales con la AFP y que obtendría una mesada pensional mayor a la que obtendría en el RPM, que el traslado se realizó en el año 2000 cuando fue visitada por asesores de los fondo privados, quienes realizaron una reunión grupal (min. 20:34 archivo “15GrabacionSentenciaPrimeraInstancia”); manifestaciones que no benefician a **PORVENIR S.A.**, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el



marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de **COLPENSIONES** y confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales, conlleva a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la AFP demandada deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala prohiará la decisión de primer grado. No obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá a remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda

sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

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

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MARÍA YOLANDA SANABRIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2020 00312 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.04-2020-00447-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandada **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 21 de noviembre de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a las AFP demandadas trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados, y a **COLPENSIONES** a aceptar al traslado y los aportes (*min. 50:32, archivo “45GrabaciónAudiencia20231121”*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**MANUEL FERNANDO AVALOS ESQUERRE** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, **COLFONDOS S.A.** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual a través

de **PORVENIR** y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a trasladar los aportes y rendimientos y a **COLPENSIONES** a aceptar y recibir dichos aportes, junto con la condena en costas.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió y cotizó al ISS entre el 1° de febrero de 1992 hasta 31 de mayo de 1996; el 14 de junio de 1996 se trasladó al fondo privado COLMENA, momento en el que el asesor le indicó que el traslado era más beneficioso porque los fondos privados administraban mejor los recursos, pero que no le dio explicaciones sobre las consecuencias y desventajas del cambio régimen; que el 27 de junio de 2000 solicitó traslado a Horizonte dado que la asesora le informó sobre el acompañamiento y gestión del bono pensional; que el 8 y 27 de julio de 2020 solicitó a **PORVENIR** información relacionada con su traslado y proyección de su mesada pensional; y que el 8 de julio de 2020 agosto reclamación administrativa ante **COLPENSIONES** (pág. 4 a 19, archivo “01DemandayAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como previa la excepción de *inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario*, ante la no convocatoria de la AFP PROTECCIÓN, y como de mérito las excepciones de *prescripción*; buena fe; inexistencia de la obligación; compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 25, archivo “08ContestaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación al ISS, el traslado de régimen pensional, la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban, propuso como previa la excepción de *no comparecer la demanda todos los litisconsortes necesarios* y como de mérito las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el

error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; 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 (pág. 2 a 24, archivo “09ContestaColpensiones”).

En audiencia celebrada el 26 de octubre de 2021, se declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario y se ordenó vincular a **PROTECCIÓN** (archivo “44GrabaciónAudiencia20211026”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones, señaló que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; traslado de aportes a Porvenir y la innominada o genérica (pág. 3 a 24, archivo “34ContestacionProteccionSA”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 50:32, archivo “45GrabaciónAudiencia20231121”)

El 21 de noviembre de 2023, el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“...**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de MANUEL FERNANDO AVALOS ESQUERRE a la AFP PROTECCIÓN S.A realizada en junio de 1996. En Consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y

*el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció 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 de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A, a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, comisiones de seguros, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora. La anterior orden deberá ser cumplida dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes al señalado en el punto anterior. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas PORVENIR y PROTECCIÓN. Fijense como agencias en derecho la suma de un SMLMV, a cargo de cada una de ellas. **SÉPTIMO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral...”*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, teniendo en cuenta la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba recaía en **PROTECCIÓN**, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio al demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que como tal aspecto no ocurrió y se demostró la falta al deber de información, demuestra que esa afiliación es ineficaz, siendo obligación de las AFP trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos por conceptos de aportes pensionales, debidamente indexados.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación parcial respecto de la orden de devolver las sumas indexadas. Adujo que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL9316 de 2016 precisó el alcance de la indexación, por lo que, si se tiene en cuenta la responsabilidad del fondo de pensiones de generar una rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro de los afiliados, resulta incompatible y excluyente esta condena; que para el caso del demandante siempre se le



garantizó una rentabilidad mínima, por ese motivo sostuvo que los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo (*min. 53:00, archivo “45GrabaciónAudiencia20231121”*).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada. Además, **PORVENIR** incluyó aspectos que no fueron objeto de recurso.

Y la parte demandante se opuso a la prosperidad del recurso planteado por la AFP.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **COLMENA** y la procedencia de la devolución de los gastos de

administración, indexados, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

### VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) MANUEL FERNANDO AVALOS ESQUERRE** se afilió al ISS en febrero de 1992 (*pág. 25, archivo “09ContestaColpensiones”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con COLMENA hoy **PROTECCIÓN** a partir del 14 de junio de 1996 (*pág. 42 y 44, archivo “02Demanda”*); **iii)** realizó traslados horizontales en el RAIS inicialmente a HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 26 de junio de 2000 (*pág. 72 y 74, archivo “08ContestaPorvenir”*), y luego a **PORVENIR** el 30 de noviembre de 2002 donde permanece vinculado actualmente (*pág. 72 y 75, archivo “08ContestaPorvenir”*).

#### - **Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro

y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

## CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **COLFONDOS** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y el demandante en el interrogatorio indicó que no sabía nada del sistema pensional, que era de público conocimiento que las entidades del estado son malas administradoras y que la ejecutiva de COLMENA no le entregó mayor información sobre el traslado, por lo que no hubo confesión en este aspecto y dicha circunstancia no es suficiente para favorecer a la parte demandada, puesto que ni de la demanda, las contestaciones ni de la declaración rendida se demuestra que ese traslado se realizó en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Nótese que el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo en el RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS o permanecer varios años efectuando cotizaciones de forma continua, por si solos, no denotan asesoría suficiente sobre las condiciones y características de cada régimen y el

riesgo financiero que se asume al permanecer en uno o en el otro, como se indicó en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, SL4205-2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los aportes pensionales y rendimientos financieros y debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL3465-2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS, lo que descarta el planteamiento expuesto por **PORVENIR** en la alzada. Como la decisión de primera instancia dispuso la devolución de los conceptos referidos en precedencia, indexados, se confirmará la sentencia en este aspecto.

Sin embargo, se modificará la orden dada a **COLPENSIONES** de recibir al actor como su afiliado en el RPM, sin solución de continuidad, por cuanto dicha entidad deberá recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales y tenerlos como semanas cotizadas, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019,

SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Además, la Sala modificará la parte resolutive de la decisión de primera instancia indicando que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación, sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones (art. 13 Decreto 692 de 1994), mientras el traslado, es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, se predica del trámite del traslado y no de la afiliación; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al régimen de prima media.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022 y SL3150 de 2023, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el **ORDINAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que en este caso no operó la ineficacia de la afiliación, sino la ineficacia del traslado de régimen pensional, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el **ORDINAL CUARTO** de la sentencia de primera instancia que quedará en los siguientes términos: “*ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes y actualice su historia laboral. Esta orden deberá cumplirse en el término de los 15 días siguientes al señalado en el punto anterior*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir cuando deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

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



**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MANUEL FERNANDO AVALOS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2020 00447 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 05-2017-00113-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte **DEMANDANTE**, contra el fallo del 27 de julio de 2023, que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra (min. 34:48 archivo “49AudienciaArt80”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 2 a 12 archivo “04SubsanacionDemanda20170330”).

**JAIRO ALONSO RIVEROS CANESTEROS** llamó a juicio a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** y **JUNTA NACIONAL DEL CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, a fin de que declare la nulidad de los dictámenes No. 79885419 del 01 de junio de 2012, No. 798854 del 28 de agosto de 2012 y No. 7988541 del 19 de diciembre de 2013, para determinar que las patologías denominadas *artrosis trapecio metacarpiano (rizartrosis)* y *tendinopatía extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal mano izquierda* son de origen laboral, y en consecuencia, obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, indexación, intereses moratorios previstos en el artículo 1° de la ley 776 de 2002, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho; de forma subsidiaria, declarar que tiene derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial indexada y se califique de manera integral todas las patologías padecidas.

Como fundamento fáctico, indicó que COMPENSAR EPS realizó valoración y emitió dictamen de PCL el 06 de agosto de 2010, para los diagnósticos de *otras misiotis, otras sinovitis y tenosinovitis*, los cuales fueron determinados como de origen profesional y, posteriormente **POSITIVA** en calificación del 01 de diciembre de 2010 determinó que los diagnósticos *miofacial de trapecio izquierdo y epicondilitis lateral izquierda* también son de origen profesional, calificación contra la cual se presentó recurso, por lo cual la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante dictamen No. 44320 del 20 de abril de 2012 determinó como accidente de trabajo al diagnóstico *contusión mano izquierda* y excluyendo de tal origen los diagnósticos de *artrosis trapezio metacarpiano (rizartrosis) y tendinopatía extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal mano izquierda*; frente a lo cual nuevamente se presentó inconformidad, siendo remitido a la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, entidad que resolvió el recurso de apelación mediante dictamen No. 798854 del 28 de agosto de 2012, confirmando el dictamen recurrido.

Continuó señalando, que también padece de *síndrome del túnel del carpo*, diagnóstico de origen profesional y calificado por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ a través de dictamen No. 79885419 de octubre de 2011, con un 16,33% de PCL, decisión confirmada por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** el 01 de junio de 2012.

Dijo, que con posterioridad la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ mediante Dictamen No. 58341 del 06 de septiembre de 2023, estableció que los diagnósticos de *contusión de otras partes de la muñeca y de la mano y luxación de la muñeca* fueron causadas por accidente de trabajo, con un 31,11% de PCL y fecha de estructuración el 29 de abril de 2013, dictamen modificado por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** el 19 de diciembre de 2013, en el sentido de determinar un 19,95% de PCL.

Por otro lado, manifestó que no le fue pagada la indemnización por incapacidad permanente parcial, la que de acuerdo con el Decreto 2644 de 1994 corresponde a 7,65 salarios para la PCL del 16,33% y de 9,45 salarios para la PCL del 19,95%, los cuales deben ser indexados.

Para finalizar, frente a las patologías determinadas como de origen común, señaló que las mismas derivaron del accidente de trabajo y que

radicó reclamación administrativa ante la accionada el día 07 de diciembre de 2016.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

**POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la calificación realizada en primera oportunidad por esa ARL y las emitidas por la JRCI y la **JNCI**, su origen, el grado de PCL, no haber pagado la indemnización por incapacidad permanente parcial al demandante y la reclamación administrativa presentada por el actor. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló con el carácter de previa la excepción de falta de citación de otras personas que la ley dispone, y de mérito, las de legalidad y juridicidad del dictamen, inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción, buena fe y la innominada o genérica. (Pág. 1 a 9 archivo “09ContestacionPositiva20171130”)

A su vez, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** se opuso a las pretensiones. Admitió las calificaciones efectuadas al demandante por parte de la JRCI y por esa entidad y no ser ciertos o no constarle los demás. Interpuso las excepciones de legalidad de la calificación emitida por la JNCI -dictamen No. 7899541 del 19 de diciembre de 2013, legalidad de la calificación emitida por la JNCI - dictamen No. 798854 del 28 de agosto de 2012, prescripción / caducidad de la acción para controvertir expedido el 28 de agosto de 2012, la variación en la condición clínica del paciente y/o la aparición de nuevos diagnósticos con posterioridad al dictamen de la JNCI exime de responsabilidad a la entidad, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen – carga de la prueba a cargo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto a la JNCI – competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica (Pág. 1 a 25 archivo “21ContestacionJuntaNacional20190321”).

Acto seguido, mediante Auto del 28 de agosto de 2018, se aprobó el contrato de transacción celebrado entre las partes, únicamente frente a las pretensiones subsidiarias, esto es, las relacionadas al reconocimiento y pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial e indexación (archivo “15AutoApruebaTransaccionYContinuaTramite20180828”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 14:14 archivo “49AudienciaArt80”).

El 27 de julio de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación. SEGUNDO: ABSOLVER a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. y la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante JAIRO ALONSO RIVEROS CANASTEROS. TERCERO: SIN COSTAS. CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor del demandante. (...)”.*

El Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si el demandante es beneficiario de una pensión de invalidez de origen profesional y, por ende, si **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** debe asumir el pago de la prestación, junto con intereses moratorios e indexación.

Para resolver, indicó que no se acreditó dentro del proceso que el demandante ostentara una PCL superior al 50%, ello en razón a que de las pruebas aportadas se puede observar que el demandante ha sido calificado en varias oportunidades, existiendo una trazabilidad de la calificación sobre el origen y sobre el porcentaje de PCL de las patologías, resultados que fueron discutidos por el demandante en su momento; no obstante, en el curso del proceso no cumplió con las exigencias que requirió la Universidad Nacional a efectos de obtener una nueva calificación, esto es, cancelar cuatro SMLMV como honorarios, ni tampoco desplegó ninguna actuación al respecto, allegando al expediente un documento denominado valoración del desempeño ocupacional, el cual si bien refiere una PCL del 20%, se desconoce de dónde se obtiene tal porcentaje, pues solo es un indicio de una calificación, más no corresponde a un dictamen de un equipo interdisciplinario de alguna de las entidades para calificar con base en un manual, sino solo a un formulario que hace referencia a la existencia de una PCL, y en todo caso, ninguno de los porcentajes que obran en el expediente darían lugar a una pensión de invalidez, la que solo se obtendría si se llega al 50%. En consecuencia, absuelve a las demandadas de dicha pretensión, sin lugar a costas para las partes.

## III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Venció en silencio el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

#### IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Atendiendo a que la parte demandante no presentó recurso de apelación y que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a sus pretensiones, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 CPTSS.

#### V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS, procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

#### VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar: **i)** si procede la declaratoria de nulidad de los dictámenes No. 79885419 del 01 de junio de 2012, No. 798854 del 28 de agosto de 2012 y No. 7988541 del 19 de diciembre de 2013 emitidos por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** en lo atinente al origen de las patologías calificadas al accionante denominadas *Artrosis trapecio metacarpiano (rizartrosis)* y *Tendinopatía extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal mano izquierda* y **ii)** si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, junto con las demás condenas rogadas en la demanda, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

#### VII. CONSIDERACIONES

En el presunto no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i) POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** calificó el origen de los diagnósticos *M608 Miofacial de trapecio izquierdo* y *M770 Epicondilitis lateral izquierda* del demandante **JAIRO RIVEROS**, determinando que dichas patologías son de tipo profesional (Pág. 46 a 50 archivo “01DemandaConAnexos20170208”); **ii)** la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA emitió dictamen de primera instancia No. 79885419 del 07 de octubre de 2011, calificando el diagnóstico del demandante de *Síndrome del túnel carpiano* como enfermedad profesional, con un 16,33% de PCL y fecha

de estructuración 13 de diciembre de 2010 (Pág. 136 a 139 archivo “021ContestacionPositiva20171130”); **iii)** la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** profirió dictamen de calificación de segunda instancia No. 79885419 del 01 de junio de 2012, confirmando el anterior dictamen (Pág. 140 a 143 archivo “021ContestacionPositiva20171130”); **iv)** el 20 de abril de 2012 la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA emitió dictamen No. 44320, en el cual determinó como *No accidente de trabajo* los diagnósticos del demandante denominados *Artrosis trapecio metacarpiana (Rizartrosis)* y *Tendinopatía extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal mano izquierda* como y como *Accidente de trabajo* el diagnóstico de *Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano* (Pág. 51 a 57 archivo “01DemandaConAnexos20170208”); **v)** la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** profirió dictamen de calificación de segunda instancia No. 798854 del 28 de agosto de 2012, confirmando el origen *Accidente de trabajo* del diagnóstico *Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano* (Pág. 58 a 64 archivo “01DemandaConAnexos20170208”); **vi)** la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA emitió dictamen de primera instancia No. 58341 del 06 de septiembre de 2013, calificando los diagnósticos del demandante de *Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano* y *Luxación de la muñeca*, como *Accidente de trabajo*, con un 31,11% de PCL y fecha de estructuración 29 de abril de 2013 (Pág. 115 a 124 archivo “021ContestacionPositiva20171130”); **vii)** la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** profirió dictamen de calificación de segunda instancia No. 7988541 del 19 de diciembre de 2013, modificando el dictamen anterior únicamente en lo que respecta al porcentaje de PCL, estableciéndolo en un 19,95% (Pág. 126 a 135 archivo “021ContestacionPositiva20171130”); **viii)** el 07 de diciembre de 2016 el demandante solicitó a **POSITIVA** el reconocimiento de la pensión de invalidez (Pág. 14 a 23 archivo “01DemandaConAnexos20170208”); **viii)** Las partes acordaron el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial por la suma de \$3.031.974 (Pág. 2 a 5 archivo “14MemorialAcuerdoTransaccion20180424”).

En la sentencia de primera instancia, se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra. La decisión no fue apelada.



Procede entonces la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Sobre el procedimiento de calificación de origen y de calificación integral de pérdida de capacidad laboral.**

Los procedimientos de calificación de origen y de calificación integral de pérdida de capacidad laboral son trámites regulados, por cuanto la legislación de la seguridad social establece etapas, términos y las personas facultadas para adelantar los mismas.

El dictamen de calificación de origen busca resolver las controversias sobre la causa de un evento o patología, para de ese modo establecer el subsistema de la seguridad social responsable de las prestaciones derivadas de aquella situación. El artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994 establece que toda patología, accidente o muerte no calificada como de origen laboral se considera de origen común, siendo responsable de esta primera calificación la IPS que atiende el caso, mientras que la ARL será responsable de calificar el origen en segunda instancia y en caso de surgir discrepancias, aquellas serán resueltas por la junta integrada por la ARL y EPS y de persistir la diferencia se aplicará el procedimiento del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, a su vez, el artículo 7 del Decreto 1771 de 1994 remite al procedimiento del artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994 para resolver toda controversia sobre el origen del accidente, enfermedad o muerte de un afiliado al Sistema de Riesgos Laborales.

Por su parte, el dictamen de calificación integral de pérdida de capacidad laboral busca establecer si se configura el estado de invalidez, para lo cual se aplica el procedimiento técnico científico dispuesto en el Manual único para la Calificación de Invalidez. Es así como el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 faculta a COLPENSIONES, las ARL, las compañías de seguro que asumen el riesgo de invalidez y muerte y las EPS para calificar, en primera oportunidad, el grado de invalidez y su origen y en caso que el interesado no esté de acuerdo, podrá presentar su inconformidad dentro de los 10 días siguientes, tras lo cual la Entidad que calificó deberá remitir el expediente a la Junta Regional de Calificación de Invalidez respectiva dentro de los 5 días siguientes, quien adoptará la decisión que a su vez será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dentro de los 5 días siguientes.

Ambos procedimientos de calificación buscan que la decisión sea adoptada de manera técnica e interdisciplinar, con base en criterios objetivos y científicos de tipo médico, ocupacional y jurídico, procedimiento en el cual se considera la definición de accidente de trabajo y enfermedad laboral adoptada en los artículos 3 y 4 de la Ley 1562 de 2014, la tabla de enfermedades laborales actualmente adoptada en el Decreto 1477 de 2014 y el Manual Único de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional del Decreto 1507 de 2014, así como el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez del Decreto 1352 de 2013, normas compiladas en el Decreto 1072 de 2015.

Así mismo, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, expidió diferentes Resoluciones para adoptar las *Guías de Atención Integral de Salud Ocupacional – GATISO* hoy GATISST, como documentos de obligatoria referencia para las ARL, EPS, IPS y empleadores para la prevención de los daños a la salud por causa o con ocasión del trabajo, las cuales han sido consideradas por la jurisprudencia de las Altas Corte como medios de prueba para evaluar la existencia de exposición a factores de riesgos en los litigios donde se debate el origen de una patología, accidente o muerte.

- **Sobre las Juntas de Calificación de Invalidez y sus dictámenes de calificación de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.**

El artículo 16 de la Ley 1562 de 2012, que modifica el artículo 42 de la Ley 100 de 1993, establece la naturaleza jurídica de las Juntas de Calificación de Invalidez, al señalar que “*son organismos del Sistema de la Seguridad Social del orden nacional, de creación legal, adscritas al Ministerio de Trabajo con personería jurídica, de derecho privado, sin ánimo de lucro, de carácter interdisciplinario, sujetas a revisoría fiscal, con autonomía técnica y científica en los dictámenes periciales, cuyas decisiones son de carácter obligatorio, sin perjuicio de la segunda instancia que corresponde a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, respecto de las regionales y conforme a la reglamentación que determine el Ministerio de Trabajo.*”

De ahí que, los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez son el fundamento técnico y científico para el reconocimiento de prestaciones sociales.

En lo que respecta en específico a la competencia de las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, el artículo 2.2.5.1.10 del Decreto 1072 de 2015 señala que es función exclusiva de dicha entidad, entre otras: *“Decidir en primera instancia las controversias sobre las calificaciones en primera oportunidad de origen y la pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y su fecha de estructuración, así como la revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez.”*, y el artículo 2.2.5.1.9 ídem establece que corresponde exclusivamente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: *“Decidir en segunda instancia los recursos de apelación interpuestos contra los dictámenes de las juntas regionales de calificación de invalidez, sobre el origen, estado de pérdida de la capacidad laboral, fecha de estructuración y revisión de la pérdida de capacidad laboral y estado de invalidez”*.

Además, no existe ninguna duda de que tales dictámenes pueden ser controvertidos judicialmente, como se establece con total claridad en el artículo 2.2.5.1.42 de la mencionada normatividad, disposición que recogió lo previsto en el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013<sup>1</sup>.

En ese orden de ideas, es viable que se puedan acreditar los desaciertos en que pudo haber incurrido una pericia por cualquier medio probatorio, eso sí, advirtiéndose que para estos casos, la carga de la prueba relacionada con la demostración de los supuestos de hecho base de las súplicas que se reclaman, corresponde únicamente a la parte que suscita la controversia, pudiendo acreditar sus sustentos fácticos por el medio probatorio que le resulte más apropiado, teniendo como único límite los criterios de utilidad, conducencia y pertinencia de la prueba, conforme lo exige el artículo 167 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS.

Descendiendo al *sub examine*, se adentra la Sala al análisis íntegro del acervo probatorio recaudado en el presente asunto con miras a

---

<sup>1</sup> **Controversias sobre los dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez.** Las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la justicia laboral ordinaria de conformidad con lo previsto en el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante demanda promovida contra el dictamen de la Junta correspondiente. Para efectos del proceso judicial, el director administrativo y financiero representará a la Junta como entidad privada del Régimen de Seguridad Social Integral, con personería jurídica, y autonomía técnica y científica en los dictámenes.

**PARÁGRAFO.** Frente al dictamen proferido por las Junta Regional o Nacional solo será procedente acudir a la justicia ordinaria cuando el mismo se encuentre en firme.

determinar la procedencia de la pretensión incoada por la parte demandante relacionada a la nulidad de los dictámenes atacados.

Pues bien, del estudio realizado pudo advertirse que han sido diversas las patologías diagnosticadas al señor **JAIRO RIVEROS**, advirtiéndose que las denominadas *Miofacial de trapecio izquierdo*, *Epidcondilitis lateral izquierda*, *Síndrome del túnel carpiano* y la de *Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano* ya han sido determinadas como de tipo laboral; así fue aceptado por las demandadas desde su contestación y frente a ello existe aquiescencia de la ARL demandada.

Caso contrario sucede con el origen de los diagnósticos de *Artrosis trapecio metacarpiano (rizartrrosis)* y *Tendinopatía extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal mano izquierda*, los cuales en dictamen No. 44320 del 20 de abril de 2012 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y confirmado por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** en dictamen No. 798854 del 28 de agosto de 2012 (Pág. 51 a 64 archivo “01DemandaConAnexos20170208”), han sido establecidos como no derivados del accidente de trabajo, radicando en este aspecto la discrepancia planteada por el actor frente a las calificaciones obtenidas por la entidad demandada, en la medida que es sobre aquellas enfermedades que solicita la declaratoria de origen profesional (pretensión declarativa 4ª).

No obstante, en el presente asunto no se logró establecer que estas patologías tuviesen un origen diferente al determinado, pues a este propósito el único medio de prueba que solicitó el actor correspondió al dictamen pericial, pero en verdad no cumplió con la obligación a su cargo de cancelar los honorarios correspondientes a la Universidad Nacional, para así dar cumplimiento a lo ordenado en audiencia celebrada el 05 de febrero de 2020, pues pese a que en memoriales presentados los días 4 de julio de 2020 y 31 de enero de 2022 el apoderado actor acreditó la radicación del Oficio JQL-0057 ante la Facultad de Medicina de dicha Institución Universitaria, indicando que no hubo pronunciamiento de la entidad calificadora y que perdió contacto con la misma por razones de confinamiento (archivos “30MemorialJuntaNacional20200714” y “43SolicitudDemandante20220131”), lo cierto es que tal como lo señaló el Juez de primera instancia, en el expediente milita respuesta emitida

por la Universidad Nacional a través de oficio ML 328.2020, allegada el 26 de mayo de 2021, en la cual devolvió la solicitud de concepto pericial a fin de que fuese presentada nuevamente con el soporte de la consignación de honorarios profesionales por 4 SMMLV y con la debida organización de la historia clínica (Pág. 1 a 4 archivo “38RespuestaDictamenUNacional20210526”), lo que condujo a que el Juzgado en Autos dictados los días 29 de noviembre de 2021 y 05 de septiembre de 2022 requiriera a la parte demandante para que impartiera el trámite al dictamen decretado con la Universidad Nacional, so pena de tener por desistida la prueba (archivos “39AutoRequiere20211129” y “44AutoRequiere20220905), frente a lo cual el mandatario se limitó a informar que no tramitó el dictamen ante la Universidad Nacional de Colombia y que **POSITIVA** atendió directamente al señor **JAIRO ALONSO RIVEROS**, aportando el documento denominado *VALORACIÓN DEL DESEMPEÑO OCUPACIONAL FINAL DE USUARIO*, de fecha 13 de octubre de 2022, relacionado a los diagnósticos *S602 Contusión mano izquierda, S630 Subluxación de articulación trapeciometarpiana izquierda, S602 Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano, M796 Síndrome doloroso regional complejo miembro superior izquierdo y S602 Luxación de la muñeca izquierda* (archivo “45DemandanteDictamenArl”), documento que de manera alguna califica el origen de las enfermedades, menos aún el grado de invalidez, pues si bien es cierto que consigna una calificación de PCL del 20%, no es menos cierto que dicho documento consiste en un mero concepto ocupacional, más no a una calificación integral de la invalidez que se ciña al procedimiento técnico científico dispuesto en el Manual Único de Calificación de Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional previsto en el Decreto 1507 de 2014.

Siendo así, la parte demandante no probó de forma alguna sus dichos relacionados a que las enfermedades prescritas de *Artrosis trapecio metacarpiano (rizartrosis)* y *Tendinopatía extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal mano izquierda* devinieran de su actividad profesional y/o del accidente de trabajo que según se observa sufrió el 20 de diciembre de 2010. Contrapuesto, se pudo verificar que las decisiones adoptadas tanto por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA el 20 de abril de 2012 (Pág. 51 a 57 archivo “01DemandaConAnexos20170208”), como por la Sala No. 4 de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** en dictamen No. 798854 del 28 de agosto de 2012 (Pág. 58 a 64 archivo

“01DemandaConAnexos20170208”), en las cuales, se itera, se determinó que aquellos diagnósticos no derivan del accidente de trabajo, se fundaron en el análisis íntegro de la historia clínica del demandante, en la valoración interdisciplinaria y en aplicación de los criterios técnicos y legales correspondientes; máxime que la Junta demandada por su objeto, especialidad y experiencia, es idónea para determinar en segunda instancia el origen de las minusvalías del accionante, insistiéndose que en el caso de marras, se encontraba en cabeza del promotor del proceso, como contradictor de los dictámenes, probar los dichos que sirvieron de sustento para reclamar la alegada nulidad.

Adicional, debe tenerse en cuenta que en el dictamen de la JRCI se concluyó en lo pertinente que: *“... Tiene RMN previa al accidente, de enero de 2010, que evidenció Tendinopatía del extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal a nivel de apófisis estiloides. La artrosis a nivel trapecio metacarpiana, se trata de un proceso degenerativo crónico que requiere de varios meses y hasta años para su formación, y la es más frecuente a nivel de manos, no obedece a un evento agudo, (se detectó en el paciente según historia clínica por RMN reciente al accidente), por lo cual no se puede considerar secundario al accidente de trabajo.”* (Pág. 56 archivo “01DemandaConAnexos20170208”), y a su turno, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** dijo: *“Respecto las lesiones que presenta: Artrosis trapecio metacarpiana y Tendinopatía del extensor carpi ulnaris con ruptura parcial longitudinal de mano izquierda; éstas son lesiones que de acuerdo a la medicina basada en la mejor evidencia científica, se desarrollan en el mediano y largo plazo por múltiples factores, que podrán ser estudiados en su origen como probable enfermedad profesional, previo estudio de puesto de trabajo.”*; análisis que permiten inferir que en efecto, aquellas patologías no derivan del accidente de trabajo, que como se dijo, ocurrió en diciembre de 2010.

Así las cosas, la parte demandante, quien era la responsable de la carga de la prueba de las falencias alegadas contra los dictámenes de la **JUNTA NACIONAL** no allegó elementos de prueba suficientes para lograr tal objetivo.

- **Sobre la pensión de invalidez en el Sistema General de Riesgos Laborales.**

El artículo 10 de la Ley 776 de 2002, define que tienen derecho a la pensión de invalidez los afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales que sean declarados inválidos.

Al efecto, el artículo 9 *ídem*, define como inválida a aquella persona que, por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala inicialmente se ocupará de definir si el demandante **JAIRO ALONSO RIVEROS** acreditó dentro del expediente tener la condición de invalidez.

Una vez revisado el expediente, y como se dijo desde el inicio de esta sentencia, el demandante fue calificado por **POSITIVA** con dos enfermedades de origen profesional denominadas *Miofacial de trapecio izquierdo* y *Epicondilitis lateral izquierda* (Pág. 46 a 50 archivo “01DemandaConAnexos20170208”), posterior a ello, se le realizó un dictamen el 07 de octubre de 2011 por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, confirmado por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** el 01 de junio de 2012, en el cual se calificó el diagnóstico de *Síndrome del túnel carpiano* como enfermedad profesional, con un 16,33% de PCL y fecha de estructuración 13 de diciembre de 2010 (Pág. 136 a 143 archivo “021ContestacionPositiva20171130”), luego, el 20 de abril de 2012 la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA estableció como accidente de trabajo el diagnóstico de *Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano*, decisión igualmente confirmada por **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** el 28 de agosto de 2012 (Pág. 51 a 64 archivo “01DemandaConAnexos20170208”), por último, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA calificó los diagnósticos de *Contusión de otras partes de la muñeca y de la mano* y *Luxación de la muñeca*, como *Accidente de trabajo*, con un 31,11% de PCL y fecha de estructuración 29 de abril de 2013, decisión modificada por la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** el 19 de diciembre de 2013, estableciendo un 19,95% de PCL (Pág. 115 a 135 archivo “021ContestacionPositiva20171130”), sin que se haya presentado inconformidad en lo que respecta a dichos

porcentajes, y aun cuando así hubiese sido, dadas las resultas del caso, es claro que el actor no demostró ningún yerro fáctico, jurídico o científico del que adolecieran tales dictámenes.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que si bien no obra documento que lo sustente, del contenido del acuerdo de transacción celebrado entre las partes, se pudo extraer que las patologías denominadas *Síndrome miofacial de trapecio izquierdo* y *Epicondilitis lateral izquierda*, también de origen laboral, fueron calificadas por **POSITIVA** el 18 de enero de 2014 con un 10,65% de PCL (Pág. 2 a 5 archivo “14MemorialAcuerdoTransaccion20180424”).

De modo que, a pesar de que el señor **JAIRO ALONSO RIVEROS** posee diversas enfermedades de origen profesional, ninguna de las calificaciones referidas acredita que ostente la calidad de inválido, por cuanto ninguno de ellos demuestra un porcentaje igual o superior al 50% que haga viable el reconocimiento de la pensión de invalidez, y aun si en gracia de la discusión se realizara la sumatoria de los porcentajes asignados (16,33% + 19,95% + 10,65%), lo cierto es que ello no lograría superar el 50% exigido, pues la suma de ellos tan solo arroja un 46,93%.

Además de lo anterior, se aclara que de la historia clínica del demandante lo único que puede deducirse es que padece las plurimencionadas enfermedades, empero, la Sala no puede emitir un concepto técnico para establecer la existencia de un estado de invalidez, ni cuenta con otra prueba técnica que permita deducir lo pertinente.

En definitiva, al accionante no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pretendida pensión de invalidez a que aducía tener derecho, por no acreditar la condición de inválido.

Agotado como está la competencia en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora y habiéndose arribado a las mismas conclusiones absolutorias halladas por el fallador de primer grado, lo que se sigue es la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en la instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir



copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.07-2020-00476-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor del fondo público, contra la sentencia del 22 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS, ordenó a la AFP demandada trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos, además de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, indexados, y a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante sin solución de continuidad (*min. 01:20:16, archivo “20AudienciaArt80”*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de

la afiliación realizada a **PORVENIR** y, en consecuencia, se condene a la AFP demandada a trasladarla al RPM junto con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados y a **COLPENSIONES** a recibirla sin solución de continuidad, junto con los condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 02 de diciembre de 1963, laboró al servicio del Municipio de Zipaquirá realizando cotizaciones para pensión en la Caja de Previsión de Zipaquirá – CAPREZIPA, desde el 12 de noviembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1986 y desde el 1° de enero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1989; luego laboró al servicio del Instituto de Aguas y Saneamiento de Cundinamarca, realizando cotizaciones para pensión a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – CAPRECUNDI, desde el 04 de junio de 1992 hasta el 21 de marzo de 1995; que el 15 de marzo de 1995 fue trasladada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR, sin que le brindaran asesoría clara, completa suficiente y oportuna sobre los requisitos, condiciones y riesgos del traslado y las condiciones de ambos regímenes pensionales; que el 08 de octubre de 2020 le solicitó a **PORVENIR** anular su afiliación, entidad que le manifestó que no era procedente; a su vez que el 16 de octubre de 2020 solicitó a **COLPENSIONES** tenerla como su afiliada, petición que fue negada en la misma fecha; finalmente, que en el RAIS obtendría una mesada de \$1.686.200 mientras que en el RPM su valor ascendería a \$5.534.159 (*pág. 5 a 20, archivo “04Subsanacion”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, señaló que los demás hechos no le constaban y propuso las excepciones 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 (pág. 25 a 61, archivo “05ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación actual, el no reconocimiento pensional, la radicación de la petición y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 3 a 33, archivo “09ContestacionPorvenir”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:20:16, archivo “20AudienciaArt80”)

El 22 de agosto de 2023, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“...**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora demandante SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO a la AFP PORVENIR proveniente de CAPRECUNDI, según formulario de fecha 15 de marzo de 1995. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores depositadas en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO a Colpensiones dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la señora demandante desde el mes de marzo de 1995 cuando ocurrió el traslado de régimen pensional ineficaz, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a Porvenir el termino de treinta (30) días, contados a partir de la notificación del auto de obediencia al Superior, deberá presentar al juzgado un informe discriminando correctamente todos los rubros que son objeto de devolución a Colpensiones con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, valor de los aportes que se devuelven, valor de los descuentos objeto de devolución, el valor de la indexación correspondiente que se ordena devolver y toda la información*

*relevante que los justifique y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada a la señora demandante dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial a dicho régimen. **QUINTO:** Dadas las results del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR. **SEXTO:** Las costas son a cargo de Colpensiones y Porvenir. Las agencias en derecho se tasan a favor de la señora demandante en 2 SMLMV, a la fecha de su pago a cargo de cada uno de los demandados. **SÉPTIMO:** ordénese la consulta de esta sentencia a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido...”*

Como sustento de la decisión el Juez expresó que, conforme al precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba de demostrar el tipo de información que le dio al afiliado al momento del traslado es del fondo de pensiones, y no obra ningún medio probatorio de convicción que brinde certeza y veracidad de que **PORVENIR** al momento de vincular a la demandante le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y comprensible respecto de las consecuencias que el traslado tendría en su futuro pensional, situación que constituye una flagrante omisión a su deber de información en los términos legales y jurisprudenciales, por lo que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional y ordenó la devolución de todos los aportes sin descuento alguno, debidamente indexados.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó al revocatoria de la sentencia. Adujo que se pasó por alto que para la fecha del traslado la norma aplicable era la Ley 100 de 1993 donde sólo bastaba la aceptación libre y espontanea del afiliado para trasladarse de régimen, que se manifestaba en el formulario, como sucedió en este asunto; que no es razonable imponer al administrador soportes de informes no previstos en el ordenamiento jurídico pues tales exigencias desvirtúan el principio de confianza legítima, además afecta el debido de proceso de **COLPENSIONES** quien, sin haber participado en el trámite del traslado, debe afrontar la carga de la prestación; que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 25 años, luego declarar la ineficacia en esas

condiciones afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema pensional y vulnera la prohibición legal de traslado por edad del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 (*min. 01:22:55, archivo “20AudienciaArt80”*).

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación para que se revoque la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS y las condenas impuestas en contra de esa AFP. Sostuvo que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de forma homogénea, situación que no ocurre en este asunto pues la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el momento del traslado, y en todo caso la accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada, más por su calidad de abogada, y obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando; que el actuar de **PORVENIR** ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales al momento del traslado; que no es procedente la devolución de rendimientos dado que estos no se generan en el RPM y, en todo caso, deberá reconocerse a la AFP los gastos en que incurrió para administrar dichos aportes; considera que tampoco es procedente la restitución de primas de seguros previsionales por cuanto ya no están su poder; que la devolución de gastos de administración resulta improcedente según lo conceptuado por la Superintendencia Financiera; finalmente, que no es viable la condena por indexación dado que también se dispuso la devolución de los rendimiento del capital, con lo cual se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados de **COLPENSIONES** y **PORVENIR** reiteraron los argumentos expuestos en la alzada.

Se reconoce a la doctora María Camila Guio Martínez, identificada con C.C. No. 1.032.505.503 y T.P. No. 414.733 del CSJ, la calidad de apoderada de **PORVENIR**, conforme con los documentos aportados.

## **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite deducir razonablemente que la garante de las condenas impuestas es la NACIÓN, por lo que procede el grado jurisdiccional de consulta conforme al artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social-CPTSS, para realizar un estudio integral de la providencia.

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR** y la procedencia de la devolución de los gastos de administración, indexados, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO** nació el 02 de diciembre de 1963 y cotizó a la Caja de Previsión de Zipaquirá – CAPREZIPA desde el 12 de noviembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1989 y a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – CAPRECUNDI desde el 04 de junio de 1992 al 21 de marzo de 1995 (*pág. 35 a 44, archivo “02EscritoDemanda”*); **ii)** y se trasladó del RPM al RAIS mediante

formulario de vinculación con **PORVENIR** a partir del 15 de marzo de 1995 (pág. 34 y 91, archivo “09ContestacionPorvenir”).

**- Fundamentos normativos sobre traslado de régimen pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera “*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones*



*de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.*

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019, SL3199 de 2021, SL1618 de 2022 y SL3179 de 2023, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado posea una expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, SL4025 de 2021 y SL3179 de 2023, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencias SL2279-2021 y SL3465-2022).

Y finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, SL3150 de 2023, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, si bien no hay prueba que, al momento del traslado del RPM al RAIS de la parte actora, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, nótese como los supuestos fácticos presentados en la demanda fueron totalmente desvirtuados por la misma demandante, quien en el interrogatorio manifestó reiteradamente que en su traslado no intervino, de ninguna forma, los asesores de la AFP. Luego, no se puede hablar de una falta al deber de información del fondo de pensiones cuando ni siquiera intervino en la vinculación de la afiliada, por lo que no resulta aplicable la línea jurisprudencial antes citada.

En efecto, **SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO** indicó que estando vinculada a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – CAPRECUNDI en el año 1995 llegó una instrucción de la Gobernadora de Cundinamarca de ese entonces, a través del jefe de personal, donde se le solicitó a ella y a sus demás compañeros firmar el formulario remitido por talento humano para la vinculación a **PORVENIR**, sin que estuviera presente ningún promotor de la AFP, inclusive, el Juez y la parte demandada efectuaron preguntas colocando de presente dicho formulario, ante lo cual la demandante reiteró que nunca participó un asesor de la AFP y que se limitó a firmar el documento, sin recibir ninguna asesoría ni explicación del jefe de personal (*min.7:28, archivo 20AudienciaArt80*”).

Así las cosas, esta Tribunal no comparte la decisión adoptada por el *a quo*, y que se revisa en el grado de jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, por cuanto los hechos de la demanda indican que **PORVENIR** no cumplió su deber de información, llegando a cuestionar la capacitación de sus asesores y la omisión de asesoría sobre aspectos claves para tomar una decisión informada, no obstante, dichos supuestos fácticos y omisiones fueron desvirtuados con la afirmación de la accionante, quien de forma contundente indicó que en el acto del traslado al RAIS no participó en modo alguno los asesores de la AFP.

Los supuestos fácticos expresados en la demanda y discutidos en juicio no se corresponden con el tiempo, modo y lugar en que se practicó el traslado al RAIS, motivo por el cual no fueron objeto de debate probatorio por cuanto las demandadas procedieron a contestar la demanda en los términos allí indicados, sin incluir en ningún momento controversia relacionada con el comportamiento del empleador, asunto que quedó por fuera del problema jurídico.

Tampoco es posible el uso de las facultades ultra y extra *petita* para resolver el litigio de forma favorable a la actora, al no haber sido formulado en la demanda ningún hecho relativo a las reales circunstancias en las que aconteció el traslado, en especial sobre la conducta del empleador (art. 271 Ley 100 de 1993), que ni siquiera fue llamado a juicio y cuya conducta no fue discutida ni probada en el proceso, no siendo posible sorprender a las demandadas, en especial a **COLPENSIONES**, con una

condena impuesta con base en supuestos fácticos no relatados en la acción y respecto los cuales no tuvieron oportunidad de pronunciarse.

En consecuencia, mal haría este Tribunal en considerar que las circunstancias fácticas del presente asunto equivalen a las consideradas en la regla jurisprudencial de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia relativa a la ineficacia del traslado al RAIS, por cuanto en las providencias que componen la regla decisoria jurisprudencial se reprocha el incumplimiento de la AFP del deber de información, asesoría y buen consejo, conforme su desarrollo histórico, respecto del afiliado, juicio de conducta que no es posible de adelantar en el presente asunto en donde la demandante indicó que no hubo participación de asesor alguno de **PORVENIR** en el acto de traslado, lo que impide reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente al momento de esa vinculación.

Se advierte que apartarse de un precedente jurisprudencial presupone que el mismo sea aplicable pese a lo cual, agotada la carga de transparencia y argumentación o suficiencia, no se aplica al caso concreto, situación diferente a la del presente asunto, donde no hubo necesidad de abandonar el precedente porque éste no regula el caso bajo estudio.

Bajo ese análisis no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, motivo por el cual se revocará la sentencia y se absolverá a las demandadas de todas las pretensiones, relevándose la Sala del estudio de la apelación por sustracción de materia.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas por **SANDRA MARGOTH VELEZ ABELLO**, conforme lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias.

**TERCERO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: SANDRA MARGOTH VELEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2020 00476 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 08-2022-00146-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por las apoderadas de **SKANDIA** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 09 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** (min. 59:04 archivo “24GrabacionAudiencia20231009”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 4 a 10 archivo “02Demanda”).**

**SANDRA GERTRUDIS PARRA OSPINA** solicitó declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 20 de abril de 1965, por lo que cumplió los 57 años en el 2022, que se afilió al ISS efectuando cotizaciones desde el 10 de febrero de 1987 hasta el 31 de enero de 1996, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** en el mes de enero de 1996, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales.

Continuó señalando, que para el año 2020 se trasladó a **SKANDIA S.A.** y que el 01 de diciembre de 2021 realizó reclamación administrativa a la demandada **COLPENSIONES**, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

**SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones, aceptó la afiliación de la demandante a esa AFP. Expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación de devolver los gastos de administración y prescripción de estos y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (Pág. 2 a 26 archivos “09ContestaciónSkandia”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra, admitió los hechos de la demanda relativos a la fecha de nacimiento y la afiliación de la demandante a esa AFP. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos e invocó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (Pág. 2 a 21 archivos “10ContestaciónPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación de la demandante al ISS y su edad, las cotizaciones realizadas al RPM y la reclamación administrativa. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, declaratorias de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Pág. 2 a 9 archivo “11ContestaciónColpensiones”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 49:49 archivo “24GrabacionAudiencia20231009”).**



El 09 de octubre de 2023, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora SANDRA GERTRUDIS PARRA OSPINA realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 4 de Enero de 1996, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora SANDRA GERTRUDIS PARRA OSPINA. **TERCERO: CONDENAR** a las demandadas SKANDIA y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora SANDRA GERTRUDIS PARRA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil. **CUARTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN y SKANDIA S.A, que reposaban o que reposaron en algún momento en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora. **QUINTO: COSTAS** en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN y SKANDIA, liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho a cargo de cada una de estas demandadas la suma de \$1.160.000. **SEXTO.** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad. (...)”.*

La Juez a quo fijó como problema jurídico, establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a través de su vinculación en aquel momento por DAVIVIR el 04 de enero de 1996, declarando que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPM y, como en consecuencia, si es procedente condenar a **SKANDIA** y **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que se encuentren en la CAI de la demandante, ordenándole a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas de dinero, activar la afiliación de la actora sin solución de continuidad y a actualizar su historia laboral pensional.

Para resolver, indicó que no se aportaron medios de convicción que acrediten que **PROTECCIÓN** cumplió con su carga, ya que del interrogatorio de parte no se obtiene la confesión de la actora respecto de la información recibida, y si bien la actora incurre en algunas inconsistencias al ser interrogada por la apoderada de **SKANDIA**, ello de manera alguna tiene la relevancia o el poder probatorio para demostrar que fue asesorada en el momento del traslado de régimen pensional, además que de tenerse en cuenta que si bien pudo ser debidamente asesorada en el año 2020 cuando se produjo el traslado a esa AFP, ello

no puede tenerse como prueba de la información que debía tener la demandante a efectos de que tuviera validez el traslado de régimen, por cuanto de acuerdo a la H. CSJ la información que le da validez al mismo es la que se proporciona al momento del traslado, más no la que se suministra con posterioridad, por lo que ninguna variación habría en las resultas del caso dado que no se acreditó que para el 04 de enero de 1996 se hubiese cumplido con la información necesaria; aunado, que con la sola la suscripción del formulario de vinculación no se puede concluir que la demandante hubiese recibido la información necesaria en los términos señalados por la H. CSJ para suscribir una afiliación libre, consciente e informada, por lo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **SKANDIA S.A.** interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, argumentando que no se debe dar la misma valoración a **PROTECCIÓN** y a **SKANDIA**, pues en esta última simplemente se realizó un traslado horizontal y además se demostró dentro del proceso que la AFP brindó una información completa al momento de la afiliación en el año 2020, pues en el interrogatorio de parte la actora indicó que esa AFP realizó una proyección pensional de cuál sería el monto de la mesada pensional que recibiría con esa AFP, así como que se tenga en cuenta que la demandante se encontraba en la prohibición legal de retornar al RPM, lo que demuestra que la AFP cumplió con su deber de asesoría y la actora en el año 2020 tuvo voluntad libre de afiliación, al igual que su representada siempre ha actuado de buena fe. Por otro lado, señaló que en el RPM no se hubieran generado rendimientos financieros, por lo que resulta improcedente la devolución de dichos dineros. Finalmente, solicitó que se revoque la condena en costas impuesta, teniendo en cuenta la buena fe de la AFP así como la conducta de la parte actora (min. 1:00:40 archivo “24GrabacionAudiencia20231009”).

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, argumentando que no deberían ser exigidas pruebas que para el tiempo de la afiliación no eran obligatorias, ya que solo con la firma del formulario se demostraba el cumplimiento del deber de información, por lo que pedir algún documento adicional es una carga desproporcionada para la demandada, además, que la demandante se encontraba inmersa

dentro de la prohibición legal para poder regresar al RPM (min. 1:08:21. archivo “24GrabacionAudiencia20231009”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

La firma U.T. DEFENSA PENSIONES, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder a la doctora Lizeth Daniela Lozano Rojas, identificada con CC 1.117.486.822 y TP 376.971 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo de primera instancia y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda y absolver a su representada, en razón a la buena fe con la que ha actuado la entidad.

A su vez, el apoderado de **SKANDIA S.A** solicitó revocar la sentencia, absolver a la AFP y condenar en costas a la parte demandante.

Por su parte, el apoderado de la parte **DEMANDANTE** pidió confirmar el fallo de primera instancia.

**PROTECCIÓN S.A.** guardó silencio.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, y posteriormente su traslado horizontal a **SKANDIA S.A.**, así como la procedencia de las condenas impuestas a la AFP **SKANDIA S.A.** de trasladar a

**COLPENSIONES** los conceptos descontados durante la permanencia de la afiliada y de pagar costas del proceso, conforme a los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

### **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **SANDRA GERTRUDIS PARRA OSPINA** nació el 20 de abril de 1965 (Pág. 12 archivo “02Demanda”); *ii)* la demandante se afilió al ISS y cotizó desde el 10 de febrero de 1987 hasta el 31 de enero de 1996 (Pág. 20 a 21 archivo “02Demanda”); *iii)* el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 337938 del 04 enero de 1996, efectivo a partir 01 de febrero de 1996 (Pág. 30 archivo “10ContestacionProteccion”) y luego se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario de vinculación No. 886049 del 13 de marzo de 2020, efectivo desde el 01 de mayo de 2020, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 29 a 48 archivo “09ContestacionSkandia”); *iv)* la demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (Pág. 14 a 18 archivo “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos e indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **SKANDIA S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones

pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no

se restringía “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

## CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación idéntica ocurrió con la AFP **SKANDIA S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información a la demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que cuando se afilió en el año 1996 a DAVIVIR el asesor de la AFP fue quien diligenció el formulario y solo le informó que obtendría mejores beneficios en comparación al ISS y que esta entidad se iba a acabar, sin recibir información sobre los requisitos y características del régimen pensional al cual se trasladaba, indicó que si ha recibido extractos por parte de la AFP pero comprende la información de los mismos, que se trasladó a **SKANDIA** en el año 2020 porque allí se le ofreció un mejor asesoramiento pensional, que nunca se acercó a las AFP a solicitar la pensión anticipada ya que no conocía esa posibilidad que tiene y además porque quiere obtener su pensión con **COLPENSIONES**, al igual que no realizó ninguna solicitud, ni requirió información a la AFP por ninguno de sus medios de comunicación y que solo tuvo asesoría en el momento del traslado (min. 15:11 archivo “24GrabacionAudiencia20231009”). Manifestaciones que no benefician a las demandadas, puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la

restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al



estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Frente a la inconformidad de la apoderada de **SKANDIA** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022). En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala prohijará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

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

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: SANDRA GERTRUDIS PARRA OSPINA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2023 00146 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N°08-2023-00034-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 26 de octubre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (min. 32:57 archivo “17VideoAudiencia20231026”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 4 a 10 archivo “02Demanda”).**

**MARIANA BARROS CADENA** solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 08 de agosto de 1969, que se afilió al ISS el 29 de junio de 1990, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 04 de abril de 1997, afiliación que se llevó de manera sesgada y que la AFP no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, por lo cual elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la demandante

realizó reclamación administrativa y que esta fue negada, así como los hechos relativos a la edad y afiliación. Expresó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones (Pág. 2 a 20 archivo “07ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la afiliación. Expresó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restituciones mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe(Pág. 2 a 25 archivos “08ContestaciónProteccion”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 23:18 archivo “17VideoAudiencia20231026”)**

El 26 de octubre de 2023, el Juzgado 08 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de la señora MARIANA BARROS CADENA, realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 14 de abril de 1997, mediante su afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCION por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora MARIANA BARROS CADENA. TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCION a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora MARIANA BARROS CADENA tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, esto es con todos los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCION y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, ordenándose a COLPENSIONES realizar todos los ajustes en la historia pensional de la*

actora. **QUINTO: COSTAS** en esta instancia, a cargo de la parte demandada **PROTECCION** liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de \$1.160.000. **SEXTO:** Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de **COLPENSIONES**, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad. (...).”

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora a través de su afiliación a **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN** el 14 de abril de 1997, declarando que se encuentra válidamente afiliada al RPM y, como en consecuencia, si es procedente condenar a **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** todas las sumas de dinero que se encuentren en la CAI de la demandante, ordenándole a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas de dinero, activar la afiliación de la actora y a actualizar su historia laboral pensional.

Para resolver, la Juez indicó que no se aportaron medios de convicción que acrediten que **PROTECCIÓN** cumplió con su carga, ya que del interrogatorio de parte no se obtiene la confesión de la actora respecto de la información recibida, y si bien se allegó un formulario de re asesoría a la demandante suscrito el 07 de agosto de 2016, éste no puede tenerse como prueba de la información que debía tener la demandante a efectos de que tuviera validez el traslado de régimen, por cuanto dicho formulario data de fecha muy posterior a la afiliación, siendo que el deber de información debe cumplirse para el momento en el cual se efectúa el traslado de régimen, aunado a que tal documento no cuenta con la firma de la demandante, sin que con la sola la suscripción del formulario de vinculación se pueda concluir que hubiese recibido la información necesaria en los términos señalados por la H. CSJ para suscribir una afiliación libre, consciente e informada, por lo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, argumentando que se están vulnerando los derechos procesales de la entidad, así como su calidad de tercero de buena fe, por cuanto la carga probatoria debería recaer únicamente en la AFP, pues es quien debió cumplir con el deber de información a la demandante; asimismo, señaló que se debe tener en cuenta que la afiliación fue libre y voluntaria. Por último, dijo que con la condena impuesta se violenta la

sostenibilidad pensional que administra la entidad, produciéndose un detrimento patrimonial. (min. 34:30 archivo “17VideoAudiencia20231026”).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia. Las demás partes guardaron silencio.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

#### VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MARIANA BARROS CADENA** nació el 08 de agosto de 1969 (Pág. 12 archivo “02Demanda”); *ii)* la demandante se afilió al ISS el 29 de junio de 1990 (Pág. 20 a 24 archivo “02Demanda”) *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** a través de formulario de afiliación No. 495941 del 04 de abril de 1997, efectivo a partir del 01 de junio de 1997, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 36 y 81 archivo “08ContestacionProteccion”); *iv)* la

demandante elevó solicitud de retorno al RPM ante **COLPENSIONES**, petición que fue negada (pág. 14 a 17 archivo “02Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.



En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no

el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, DAVIVIR hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó.

Lo anterior, por cuanto el formulario de afiliación que suscribió la demandante ante DAVIVIR el 04 de abril de 1997 (Pág. 36 archivo “08ContestacionProtección”), si bien relaciona una manifestación de consentimiento libre e informado, la misma es genérica, por lo que no se puede tener como prueba contundente de que se brindaron los suficientes elementos de juicio para que la afiliada emitiera una decisión consciente y debidamente informada.

Tampoco se puede deducir nada al respecto del formulario de asesoría pensional aportado por la demandada (Pág. 88 archivo “08ContestacionProtección”), pues nótese como en efecto dicho documento ni siquiera cuenta con la firma de la afiliada y aun cuando así fuera, la sola rúbrica de este por la afiliada no exime a la AFP de tal carga probatoria; por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque se le aseguró que el ISS iba a desaparecer y que tendría mejores beneficios en el RAIS (min. 32:57 archivo “17VideoAudiencia20231026”), manifestaciones que no benefician a **PROTECCIÓN S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En consecuencia, la Sala prohiará la decisión de primer grado; no obstante, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

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

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MARIANA BARROS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

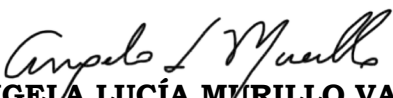
RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2023 00034 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.09-2020-00335-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 26 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa, indexada, y absolvió de las demás pretensiones. (*min. 35:31, archivo "21Audiofallo"*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**ANA LUISA SEPULVEDA MORALES** llamó a juicio a **MORVEL GROUP S.A.S.** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, la causación de un factor salarial variable y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa, reliquidación de prestaciones sociales teniendo en cuenta las comisiones mensuales del 7% sobre las ventas, reliquidación de prestaciones sociales y aportes pensionales, pago de comisiones del año 2019, indemnización moratoria, indexación, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que con la empresa demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de abril de 2014 hasta el 21 de febrero de 2019, en virtud del cual desempeño el

cargo de vendedora de ropa en los establecimientos comerciales de la demandada, con un salario básico de \$900.000 más un variable del 7% sobre las ventas; que la demandada no pagó prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social con las comisiones mensuales; que el día 21 de febrero de 2019, el empleador terminó unilateralmente su contrato de trabajo, sin que se le haya cancelado la indemnización por despido sin justa causa ni las comisiones de enero y febrero de 2019; finalmente, que el 03 de septiembre de 2019 y el 25 de noviembre de 2019 presentó peticiones al empleador, las cuales fueron respondidas con ocasión de una acción de tutela (pág. 5 a 18, archivo "04Subsanaciondemanda").

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

**MORVEL GROUP S.A.S** se opuso a las pretensiones, salvo la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, aceptó el vínculo laboral y el cargo desempeñado, la terminación unilateral del contrato, pero aduciendo justa causa, las peticiones presentadas y su respuesta, expresó que los demás hechos no eran ciertos y propuso las excepciones de pago, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (pág. 1 a 8, archivo "07Contestaciondemanda").

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

(Min. 35:31, archivo "21Audiofallo")

El 26 de mayo de 2023, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre la señora ANA LUISA SEPÚLVEDA MORALES y la sociedad MORVEL GROUP SAS existió una relación laboral a término indefinido desarrollada entre el 1° de abril del 2014 y el 21 de febrero del 2019. **SEGUNDO: DECLARAR** que la demandada MORVEL GROUP SAS culminó la relación laboral entre las partes sin justa causa. **TERCERO: CONDENAR** a la sociedad MORVEL GROUP SAS al reconocimiento y pago en favor de la señora ANA LUISA SEPÚLVEDA MORALES de la indemnización por despido sin justa causa contenida en el artículo 64 del Código sustantivo del trabajo en cuantía de \$3.234.000, suma que deberá ser debidamente indexada al momento de su pago. **CUARTO: ABSOLVER** a MORVEL GROUP SAS de las demás pretensiones formuladas por la señora ANA LUISA SEPÚLVEDA MORALES, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.



**QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la demandada. **SEXTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada, tásense por secretaría y fíjense como agencias en derecho, la suma correspondiente a \$700.000, conforme lo expuesto en la parte motiva. (...).

Como sustento de la decisión la Juez indicó que la terminación del contrato de trabajo de la demandante no tuvo una justa causa, pues aunque las declaraciones indicaron que la trabajadora llegaba tarde en repetidas ocasiones, no cumplía con sus obligaciones y tuvo episodios de insubordinación, no se evidenció soporte de la ocurrencia de un proceso disciplinario en contra de la actora en el cual se le brindara la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa y la sanción o decisión tomada por el empleador, tampoco obra escrito en la que se indiquen los motivos que llevaron a la culminación de la relación contractual. Además, en el reglamento interno del trabajo no se establece la sanción a aplicar en caso de faltas graves, por lo tanto, la sola prueba testimonial no es suficiente para endilgar responsabilidad a la trabajadora.

En lo referente a las comisiones como factor salarial concluyó que, si bien pudieron darse de forma mensual, debido al cumplimiento de metas, estas no se causaron con regularidad y no se allegaron soportes que acreditaran que la demandante siempre percibió dichas bonificaciones, no siendo procedente la reliquidación y la indemnización moratoria por no deberse prestación social alguna.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de **MORVEL GROUP S.A.S.** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la condena. Adujo que no se valoró en debida forma las pruebas documentales y testimoniales allegadas dentro del proceso, se probó que el despido se dio con causas justificadas, a saber, el incumplimiento del contrato de trabajo, específicamente en las cláusulas cuarta, sexta, decima primera, decima tercera y decima sexta, e igualmente incumplió con el reglamento del trabajo. Además, aduce que con los testimonios y los desprendibles de pago se evidencian los llamados de atención realizados a la demandante y la sanción monetaria impuesta (*min. 36:56, archivo "21Audiofallo"*).

La apoderada de **ANA LUISA SEPULVEDA MORALES** presentó recurso de apelación para que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto absolvió sobre la reliquidación por comisiones. Sostuvo que, aunque no está acreditado el pago de las comisiones los testigos fueron precisos en afirmar que, si existía un pago de comisiones y que estas eran mensuales, por lo que considera que se presentó un error al no determinar las comisiones como factor salarial y en no condenar a la demandada al pago de las reliquidaciones reclamadas (*min. 41:45, archivo "21Audiofallo"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la demandante reiteró los argumentos expuestos en la alzada. No hubo pronunciamiento de la parte demandada.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

La Sala debe determinar si la demandante tiene derecho al reconocimiento de las comisiones como constitutivas de salario, la procedencia de la reliquidación de acreencias laborales y aportes pensionales y la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, según lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: *i)* entre **ANA LUISA SEPULVEDA MORALES** y la sociedad **MORVEL GROUP S.A.S** existió un vínculo laboral vigente entre el 1° de abril de 2014 hasta el 21 de febrero de 2019, en virtud del cual la actora

desempeñó el cargo de vendedora (pág. 15 a 19, archivo "07Contestaciondemanda"). **ii)** el empleador terminó unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justa causa (*aceptado al contestar el hecho seis de la demanda*).

**- Sobre el concepto de Salario.**

Conforme el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el salario abarca la remuneración ordinaria del trabajador y también todo lo que éste percibe, en dinero o especie, como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada, tales como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje de ventas y comisiones. De lo anterior, es posible inferir que es salario todo pago, en dinero o especie, que retribuye el servicio personal prestado por el trabajador.

De otra parte, el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, modificó el artículo 128 Código Sustantivo del Trabajo, a fin de indicar que no son salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, ni tampoco los pagos que recibe no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente o dados de forma extralegal, si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que todo lo que recibe el trabajador como directa contraprestación de su fuerza de trabajo, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que aparezca en una cláusula del contrato o en un otrosí que suscriban las partes y con aparentes tintes de legalidad, pues tales estipulaciones simple y llanamente pierden eficacia a la luz del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo (SL403-2013, SL10995-2014, SL4866-2020, SL986-2021, entre otras).

Igualmente, la misma Corporación ha resaltado que las partes unidas mediante un contrato de trabajo sí pueden establecer que determinados pagos no constituyen salario, pero ello puede hacerlo

cuando real y efectivamente no retribuyan el trabajo y por tanto no es para beneficio del trabajador, mucho menos para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones (SL9544-2014, SL10995-2014, SL1437-2018). A su vez, que el acuerdo entre las partes debe especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial de forma expresa, clara, precisa y detallando cada rubro que cobija, so pena de que toda clausula global o genérica que cause duda sobre si es o no salario deba ser resuelta a favor del trabajador (SL4342 de 2020, SL4866 de 2020).

De otra parte, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reiterado que al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual y, de ser así, en principio, estos se consideran retributivos del servicio, trasladándose la carga de la prueba al demandado, quien, para evitar las consecuencias prestacionales, debe demostrar que su fin era otro (CSJ SL986-2021, SL4313-2021).

En el presente asunto la Juez de primera instancia negó la comisión como factor salario aduciendo que no se causaron con regularidad y no hay soportes que acrediten que la demandante siempre percibió dichas bonificaciones

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación formulado por la apoderada de la demandante, siendo relevante reflexionar que conforme con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el referente jurisprudencial citado, para fijar la naturaleza salarial de un pago, le correspondía al trabajador demostrar la habitualidad y permanencia del beneficio extralegal para presumir que dicha prestación es constitutiva de salario, caso en el cual la carga de la prueba se invierte, siendo obligación del empleador justificar que dicho pago no remunera o retribuye de manera directa los servicios del trabajador.

Pues bien, se evidencia que en el contrato de trabajo suscrito entre **ANA LUISA SEPULVEDA MORALES** y la demandada **MORVEL GROUP S.A.S.** se estableció como salario un mínimo legal mensual vigente y en la cláusula octava se estipuló que cualquier pago efectuado de carácter transitorio o esporádico y que por mera liberalidad reciba el trabajador no

constituye salario y será para desempeñar a cabalidad sus funciones (*pág. 17, archivo "07Contestaciondemanda"*).

En tal sentido, era relevante que la parte actora acreditara no sólo el origen de esta comisión y las condiciones de su causación, sino la habitualidad, permanencia y uniformidad de su pago, dado que por la forma en que se pactó en el contrato de trabajo cualquier suma adicional diferente a la remuneración mensual, en principio, no constituye salario puesto que se entregaron para cumplir a cabalidad sus funciones.

Al punto, con la prueba testimonial, que la parte actora alega como mal valorada, se acredita la existencia de comisiones mensuales por cumplimiento de metas y los porcentajes en que oscilaban de acuerdo con el cargo desempeñado, pero ninguna declaración dio fe que cada mes la trabajadora cumplió los requisitos para su causación. Además, aun cuando en la contestación de la demanda se allegó un documento sin fecha que establece unos porcentajes de bonificaciones y/o comisiones de acuerdo con el cumplimiento de una meta (*pág. 20, archivo "07Contestaciondemanda"*), y que la demandante dijo no conocer en la vigencia de su contrato de trabajo, el representante legal del empleador al momento de absolver interrogatorio precisó que las comisiones estaban supeditadas al cumplimiento de las ventas y al resultado de la auditoria que se hiciera a los inventarios y que para el caso de la accionante algunas veces se le pagaron esos conceptos (*min. 12:25, archivo "17Audioaudienciapruebas"*).

En este caso no hay certeza de los requisitos para generar la comisión y tampoco cuál era el porcentaje de comisión que se aplicaba a **ANA LUISA SEPULVEDA MORALES**, en la demanda se reclamó el 7%, pero según las pruebas aportadas y recaudadas este oscilaba entre el 0,3 y 0,7% del total de ventas.

En gracia de discusión, si se aceptara que la bonificación se pactó bajo esas condiciones, no existe elemento persuasivo que evidencie algún tipo de consignación o documento que certifique la habitualidad del pago de dicha bonificación a favor de la demandante, requisito sin el cual no es posible ahondar en el análisis para determinar que la comisión constituye o no salario. Tan sólo con los volantes de pago de junio de

2017 (pág. 7, archivo "01Demandaanexosactareparto"), diciembre 2018, enero y febrero de 2019 (pág. 39 y 39, archivo "07Contestaciondemanda") dan cuenta que la demandante recibió bonificaciones por valores de \$540.401, \$150.000, \$418.423 y 530.400, sin que las mismas sean suficientes para catalogar ese monto como factor salarial, aspecto que tampoco se puede inferir del listado de ventas allegado por el empleador en la contestación (pág. 3 a 46, archivo "11Subsanacioncontestacion").

Y aunque la parte actora en el interrogatorio aceptó que le pagaron todas las comisiones (min. 23:02, archivo "17Audioaudienciapruebas"), no allegó soporte alguno para su comprobación.

Bajo ese escenario, al no existir certeza de que la actora devengó durante todos los meses de la relación laboral una suma habitual y permanente por concepto de comisión o que causó derecho a recibirla, no le queda camino distinto a la Sala que confirmar la sentencia de primera instancia que negó esta pretensión, no siendo procedente la reliquidación reclamada.

**- Sobre la terminación del contrato de trabajo.**

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 del CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada, tal y como se reafirmó en las sentencias SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, SL2286 de 2021, SL2736 de 2021, entre otras.

De otra parte, la alta Corporación ha indicado frente a la causal del numeral 6 del literal a) del artículo 62 del CST, esto es, la violación grave

de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador según los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, que dicha norma consagra dos supuestos, por tanto, si se trata de la primera hipótesis de violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador corresponde al Juez calificar la gravedad de la conducta según las particularidades del caso, mientras que si se trata de una conducta que las partes previamente calificaron de grave al Juez solo le es dable verificar si se dio o no la conducta enrostrada (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

También la H. CSJ ha sostenido, de forma reiterada y pacífica, que la terminación del contrato de trabajo con justa causa, cuando la ejerce el empleador, es una de sus facultades y no una sanción, motivo por el cual no le es aplicable el artículo 115 del CST ni ningún procedimiento previo, a menos que así se hubiera pactado entre las partes, y que, en los casos de la causal 3ª del literal A) del artículo 62 del CST, debe oír previamente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa, regla jurisprudencial ratificada en las sentencias SL15245 de 2014, SL 1981 de 2019, SL2351 de 2020, entre otras.

Sin embargo, el máximo órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha aclarado que ello no significa que el empleador no tenga límites al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, pues la jurisprudencia ha venido reconociendo garantías del «*derecho de defensa*» en la forma como el empleador puede hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo con base en una justa motivación, con arreglo a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico laboral, a saber:

1. La necesaria comunicación al trabajador de los motivos y razones concretos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.
2. La inmediatez que consiste en que el empleador debe tomar la decisión de terminar el contrato de forma inmediata, después de ocurridos los hechos que motivan su decisión o de que tiene conocimiento de estos.

3. Se configure alguna de las causales expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo de Trabajo.
4. Si es del caso, agotar el procedimiento a seguir para el despido establecido en la convención colectiva, o en el reglamento interno de trabajo, o en el contrato individual de trabajo, para garantizar el debido proceso.
5. Y la oportunidad del trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, de manera previa al despido, dependiendo de las circunstancias fácticas que configuran la causal.

Al respecto, se pueden consultar las sentencias SL15245 de 2014, SL1981 de 2019 y SL2351 de 2020, SL496 de 2021, SL679 de 2021, SL339 de 2023, entre otras.

Así, pasa la Sala a resolver el recurso de apelación de la parte demandada, respecto a la procedencia o no de condenar al pago de la indemnización por despido.

Debe recordarse que el empleador tiene la carga de acreditar en el juicio las justas causas invocadas a su contraparte o las razones que adujo al momento de dar por terminado el contrato de trabajo, no pudiendo alegar válidamente causales o motivos distintos posteriormente.

En este asunto hay certeza que **MORVEL GROUP S.A.S.** terminó el contrato de trabajo de forma unilateral, así fue relatado en la demanda y aceptado por la empresa en la contestación, quien como argumento de defensa señaló que obedeció a una justa causa dado el incumplimiento reiterado de la trabajadora en sus obligaciones contractuales.

Sin embargo, no se evidencia carta de terminación del contrato o documento donde conste los motivos de la culminación de la relación contractual. Con la contestación la empresa invocó unas causales objetivas que consideró fueron las cometidas por la trabajadora, de lo que se deduce que el empleador no le informó a la demandante al momento del rompimiento unilateral cuáles eran las conductas reprochadas.



Recuérdese que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del Parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos, circunstancias que no se cumplieron en este asunto, pues ni siquiera de los interrogatorios y testimonios recaudados se puede inferir que esos hechos específicos se los hayan puesto de presente a la demandante el día de la terminación del vínculo contractual. Incluso, se observa que en la liquidación definitiva del contrato de trabajo se incluyó como causal de terminación *“RENUNCIA DE COMUN ACUERDO”* (pág. 41, archivo *“07Contestaciondemanda”*), lo que desvirtúa la teoría del caso expuesta por el empleador quien, se reitera, aceptó haber tomado la decisión unilateralmente.

Solo en gracia de discusión, si se admitiera que en efecto las actitudes de la trabajadora, el incumplimiento de horario, la falta de legalidad, lealtad, respeto frente a los jefes y a sus compañeros y por tener otro trabajo, condujeron a la extinción de la relación laboral por justa causa, dichas circunstancias no están probadas. Se advierte que tanto el representante legal de la demandada como los testigos Erika Andrea Vélez Colmenares, Martha Lucia Páez Aguirre y Antoni Colmenares narraron que las conductas asumidas por la trabajadora desde el año 2015 y siguientes condujeron a la exclusión de la accionante de la compañía, de esas afirmaciones solo hay certeza de las llegadas tarde según se desprende de la nómina de octubre y noviembre de 2015, donde como sanción se le descontó una suma de dinero de su salario, y el memorando del 21 de mayo de 2018, donde se le hizo un llamado de atención por haber llegado tarde ese día (pág. 36 a 38, archivo *“07Contestaciondemanda”*).

Luego, admitirse que esas llegadas tardes son justas causas para terminar el contrato de trabajo irían en contravía del principio de inmediatez puesto que el empleador, conociendo los hechos, no tomó la decisión de forma inmediata, sino que la invocó tiempo después cuando consideró que no ya no requería de los servicios de la demandante. Y,

además, no se respetó la oportunidad que tiene el trabajador de rendir descargos o dar la versión de su caso, antes del despido.

Siendo ello así, al no demostrarse por parte del empleador la ocurrencia de una justa causa legal de terminación del contrato, se deduce que la intención de **MORVEL GROUP S.A.S.** fue la de dar por finalizado ese vínculo laboral de forma unilateral, pero sin justa causa, lo que conlleva al resarcimiento de los perjuicios en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, razón suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a quo*. Y al no presentarse inconformidad por el valor reconocido, indexado, la Sala se releva de su estudio.

Sin costas en segunda instancia ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 10-2019-00711-02**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de la parte **DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra la sentencia del 30 de agosto de 2023, que declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, absolvió a las demandadas del pago de la indemnización por perjuicios morales y materiales, declaró la falta de competencia y jurisdicción sobre las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez *post mortem*, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y pago a herederos, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (min. 1:12:47 archivo “57ActaAudiencia20230912”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA.** (Pág. 233 a 247 archivo “01ExpedienteDigital”).

**ARTURO HURTADO** solicitó declarar nulo y/o ineficaz su traslado y afiliación al RAIS, devolver el saldo del CAI, reactivar la vinculación en el RPM, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las condiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, perjuicios morales y materiales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 15 de diciembre de 1952, y laboró al servicio de diferentes entidades estatales, cotizando al ISS y a Cajas de Previsión Social y trasladándose a **PORVENIR S.A.** el 14 de julio de 1999, afiliación que se llevó de manera desinformada.

Continuó narrando, que el 15 de marzo de 2010 radicó en el ISS formulario de vinculación o actualización al Sistema General de Pensiones con el fin de retornar al RPM, reiterada el 26 de julio de 2012, por lo que presentó acción de tutela, en la cual se profirió fallo el 17 de septiembre de 2012, ordenándose al ISS dar respuesta de fondo a las solicitudes, lo que derivó en la presentación del trámite incidental por desacato, finalmente obteniendo respuesta negativa por parte de **COLPENSIONES** mediante oficio del 05 de febrero de 2013; no obstante, con posterioridad recibió comunicación de **PORVENIR** en la cual se informó que se había dado solución al conflicto de multiafiliación, estableciéndose que se encontraba afiliado al RPM y el que traslado a **PORVENIR** había sido anulado el 02 de septiembre de 1999, por lo que elevó solicitud de reconocimiento pensional a **COLPENSIONES** el 11 de agosto de 2015, prestación reconocida a través de Resolución GNR 395273 del 07 de diciembre de 2015 en los términos de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de \$2.606.859, dejada en suspenso hasta el retiro del servicio, reliquidada en Resolución VPB 11280 del 08 de marzo de 2016, asignándose una mesada de \$2.927.767 para el año 2016 e ingresada en nómina de pensionados a partir del 01 de julio de 2017, una vez fue aceptada la renuncia al cargo.

Con posterioridad, **COLPENSIONES** informó la iniciación de una investigación de fraude en su contra, la cual se cerró a través de Auto 1831 del 15 de agosto de 2018, concluyéndose que había hecho inducir en error a la administración, dado que no se encontraba dentro del término de retención del 29 de enero de 2003 al 29 de enero de 2006, por lo que se emitió la Resolución SUB 253725 del 25 de septiembre de 2018 por la cual se revocan las resoluciones reconocedoras del derecho pensional y se negó la pensión de vejez, seguidamente, ordenándose el reintegro de las mesadas pensionales y aportes a salud girados por valor de \$48.197.298, acto administrativo confirmado en Resolución DIR 2078 del 21 de febrero de 2019.

Señaló, que elevó solicitud ante las demandadas pidiendo la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado pensional, las cuales fueron negadas, que como consecuencia del reconocimiento pensional, adquirió un crédito hipotecario y se hizo responsable de la matrícula universitaria de una de sus hijas, atravesando una situación económica precaria. (Pág. 233 a 247 archivo “01ExpedienteDigital”).

- **SUCESIÓN PROCESAL.**

En auto del 14 de febrero de 2022, se declaró la sucesión procesal del demandante **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)** en razón a que se acreditó su fallecimiento el 16 día de diciembre de 2019 (Pág. 40 archivo “08ReformaDemanda”), reconociéndose como sus sucesoras procesales a la cónyuge supérstite, señora **FLOR ÁNGELA PARDO ABRIL** y a las hijas **PAULA ANDREA** y **DIANA PAOLA HURTADO PARDO** (archivo “20AutoInadmiteReformaDemanda”).

- **REFORMA A LA DEMANDA.**

La apoderada de la parte actora, en representación de **FLOR ÁNGELA PARDO ABRIL**, en calidad de cónyuge supérstite y de **PAULA ANDREA HURTADO PARDO** y **DIANA PAOLA HURTADO PARDO** en condición de hijas del señor **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)** presentó reforma a la demanda, solicitando declarar nulo y/o ineficaz el traslado y afiliación al RAIS del causante, devolver el saldo del CAI, reactivar la vinculación en el RPM, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez *post mortem* bajo las condiciones de la Ley 33 de 1985, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la sustitución pensional a favor de la cónyuge supérstite, auxilio funerario, retroactivo pensional por concepto de pago a herederos, intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, perjuicios morales y materiales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como hechos nuevos, las sucesoras procesales señalaron que el señor **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)** falleció el 16 de diciembre de 2019 y en vida contrajo matrimonio con **FLOR ANGELA PARDO ABRIL** el 24 de abril de 1987, con quien procreó a **PAULA ANDREA HURTADO PARDO** y **DIANA PAOLA HURTADO PARDO** y que debido a la suspensión de sus mesadas pensionales el causante atravesó una difícil situación económica y una convivencia hostil que le causó problemas emocionales y de salud, por lo que realizó un viaje por consejo médico

en el cual ocurrió su deceso, el cual fue enfrentado por su cónyuge **FLOR ANGELA PARDO ABRIL**, quien asumió todos los gastos derivados de los servicios fúnebres y demás, solicitando ante **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la sustitución pensional y del auxilio funerario, así como el pago a herederos por parte de sus hijas **PAULA ANDREA HURTADO PARDO** y **DIANA PAOLA HURTADO PARDO**. (Pág. 18 a 35 archivo “08ReformaDemanda”).

#### • CONTESTACIÓN DEMANDA.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a fecha de nacimiento y fallecimiento del causante, la prestación del servicio a favor de la SECRETARIA DE EDUCACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA y SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN, la cotización a cajas de previsión y al ISS, la interposición de la acción de tutela, la afiliación al RPM, el reconocimiento pensional, la investigación administrativa y la orden de reintegrar las mesadas pensionales y aportes a salud girados. Expresó que no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (Pág. archivo “02ContestacionColpensiones” y Pág. 2 a 26 archivo “31ColpensionesContestaReformaDemanda”).

A su vez, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Admitió el hecho relativos a la fecha de fallecimiento del causante e indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Invocó las excepciones prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Pág. 34 a archivo “18ContestacionAFPPorvenir” y Pág. 2 a 28 archivo “33PorvenirContestaReformaDemanda”).

Por último, la curadora *ad litem* de los **HEREDEROS INDETERMINADOS** aceptó los hechos relacionados a la fecha de nacimiento del causante, las nupcias contraídas con la demandante, su fallecimiento y las relaciones laborales de aquel con la SECRETARIA DE EDUCACIÓN y la SECRETARIA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL, manifestó atenerse a la sentencia y propuso la excepción genérica (Pág. 3 a 12 archivo “47ContestacionCuradorAdLitem”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (mín. 42:08 archivo “57ActaAudiencia20230912”).

El 12 de septiembre de 2023, el Juzgado 44 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado que el señor ARTURO HURTADO (q.e.p.d.) realizó en vida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A que efectuó a partir del 14 de julio de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: 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 ARTURO HURTADO, 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 COLPENSIONES a recibir al señor ARTURO HURTADO 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: ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones relacionadas con el pago de indemnización por perjuicios morales y materiales, por las razones expuestas. QUINTO: DECLARAR la falta de competencia y jurisdicción sobre las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez post mortem, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario, pago a herederos, y por ende, se abstiene el despacho de emitir pronunciamiento al respecto, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada PORVENIR S.A., y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. 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. NOVENO: SE ORDENA por secretaría remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. (…)”*

La Juez a quo fijó como problema jurídico, establecer la procedencia de declarar la ineficacia de la afiliación realizada en vida por el señor **ARTURO HURTADO** a **PORVENIR S.A.**, ante la omisión del deber de información por parte de esa AFP al afiliado. En caso afirmativo, determinar si es viable realizar la devolución de los dineros correspondientes a los aportes pensionales, gastos de administración y

demás emolumentos de su cuenta de ahorro individual indexados a **COLPENSIONES**, determinar si hay lugar a imponer condena por concepto de perjuicios morales y materiales y, en caso de que la respuesta al primer problema jurídico sea afirmativa, determinar si se debe condenar a **COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del causante conforme la Ley 33 de 1985, al igual que el retroactivo pensional e intereses moratorios, junto con el pago a herederos de las mesadas causadas y no canceladas, si se configuran los presupuestos para conceder la pensión de sobrevivientes a la cónyuge supérstite y si hay lugar al reconocimiento del auxilio funerario.

Para resolver, indicó que si bien **COLPENSIONES** reconoció una pensión de vejez a favor de **ARTURO HURTADO** en aplicación de la ley 33 de 1985, lo cierto es que se revocó el reconocimiento pensional, en razón a que se determinó que el causante se encontraba válidamente afiliado al RAIS mediante **PORVENIR** y no se encontraba multiafiliado, situación que se corrobora con las pruebas aportadas por la AFP y la consulta SIAFP.

Por otro lado, señaló que en el presente caso **PORVENIR** no logró acreditar el cumplimiento del deber de información, pues aunque el formulario de afiliación contiene una declaración de voluntad escrita por el causante, por sí solo, dicho hecho no permite inferir que la persona conocía los verdaderos efectos del traslado y sus derechos pensionales.

Respecto a la indemnización por perjuicios materiales, consideró que la misma no procede por cuanto ésta se predica de las personas que tengan el derecho pensional consolidado o un derecho consumado, circunstancia que no se presenta frente al señor **ARTURO HURTADO**, en donde no se consolidó el derecho pensional en el fondo privado y tampoco se demostró la causación de los perjuicios morales.

Frente a las pretensiones dirigidas a obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, retroactivo, intereses moratorios, pago a herederos, sustitución pensional y auxilio funerario, indicó que dadas las results del proceso, frente a las declaratoria de ineficacia del traslado, en el sentido de que para todos los efectos legales el señor **ARTURO HURTADO** nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM, se advierte la falta de competencia y jurisdicción para conocer sobre el reconocimiento y pago pensional pretendido, en razón a que se



encuentra probado que el causante en vida era empleado público, por lo que la competente es la jurisdicción contenciosa administrativa.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** interpone recurso de apelación, únicamente en el sentido de solicitar la revocatoria de la decisión de no reconocer la pensión de vejez a favor del señor **ARTURO HURTADO**, por cuanto de las pruebas aportadas se evidencia que es beneficiario de la pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, y dada la ineficacia de la afiliación procedía el reconocimiento de la prestación, así como de las prestaciones causadas a favor de sus herederos y de la beneficiaria de la pensión de sobreviviente, señora **FLOR ÁNGELA PARDO** (min.1:15:19 archivo “57ActaAudiencia20230912”).

A su turno, la apoderada de la demandada **PORVENIR** solicitó revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando que en sede administrativa ya se determinó la afiliación al RAIS y su validez, decisión que no debió ser debatida en este asunto; igualmente, dijo que para el año de vinculación, el formulario de afiliación cumplía a cabalidad con las exigencias y que la AFP cumplió con la debida administración de los aportes del afiliado. De otro lado, manifestó que su representada ya ha realizado la devolución de ciertos valores y en lo que respecta al traslado de gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin justa causa, además que esos rubros no financiarían una pensión de vejez; asimismo, en lo que tiene que ver con los seguros previsionales, precisó que se brindó la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que no es procedente su devolución. Para finalizar, señaló que no es viable la indexación porque el afiliado recibía rendimientos financieros, lo que garantiza cualquier devaluación económica y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto (min. 1:17:06 archivo “57ActaAudiencia20230912”).

Finalmente, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación en lo que respecta a la orden de recibir al señor **ARTURO HURTADO** en el RPM, considerando que la carga de la prueba recaía en **PORVENIR**, evidenciándose una negligencia de esa AFP en su deber de información al causante y que **COLPENSIONES** nada tuvo que ver en el traslado que se realizó en el año 1999 (mín. 1:23:10. archivo “15ActaAudiencia20233008”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la parte **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia respecto a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y revocar parcialmente, ordenándose el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, el pago a herederos por las mesadas causadas antes del fallecimiento y el auxilio funerario. Las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos en esta instancia.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del traslado pensional del señor **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución a **COLPENSIONES** de los valores descontados durante su permanencia en la AFP debidamente indexados y de ordenar a **COLPENSIONES** el reconocimiento pensional *post mortem*, junto con el pago a herederos del retroactivo pensional y de la sustitución pensional a favor de **FLOR ÁNGELA PARDO ABRIL**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

#### **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el señor **ARTURO HURTADO** nació el 15 de diciembre de 1952 (Pág. 24 archivo

“17ReformaDemanda”); **ii) ARTURO HURTADO** falleció el 16 de diciembre de 2019 (Pág. 28 archivo “17ReformaDemanda”); **iii) FLOR ÁNGELA PARDO ABRIL y ARTURO HURTADO** contrajeron matrimonio el 24 de abril de 1987 (Pág. 31 archivo “17ReformaDemanda”); **iv) FLOR ÁNGELA PARDO ABRIL y ARTURO HURTADO** procrearon a **DIANA PAOLA y PAULA ANDREA HURTADO PARTO** (Pág. 32 a 34 archivo “17ReformaDemanda”); **v) ARTURO HURTADO** cotizó a cajas de previsión y al extinto ISS desde el 22 de febrero de 1988 (Pág. 36 a 42 archivo “17ReformaDemanda”); **vi) ARTURO HURTADO** se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** a través de formulario de vinculación No. 01209965 del 14 de julio de 1999, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1999 (Pág. 85 y 107 a archivo “18ContestacionAFPPorvenir”); **vii)** mediante Resolución GNR 395273 del 07 de diciembre de 2015 **COLPENSIONES** reconoció una pensión de vejez a favor de **ARTURO HURTADO**, decisión modificada a través de Resolución VPB 11280 del 08 de marzo de 2016, reliquidando la cuantía en la suma de \$2.927.767 para esa anualidad, prestación pensional incluida en nómina de pensionados a partir del 01 de julio de 2017, de acuerdo a lo ordenado en Resolución SUB 119560 del 06 de julio de 2017 (Pág. 84 a 131 archivo “17ReformaDemanda”); **viii)** mediante Auto 186 del 23 de marzo de 2018 **COLPENSIONES** adelantó investigación administrativa especial No. 34-18 contra la Resolución GNR 395273 de 2015, la cual se cerró en Auto 1831 del 15 de agosto de 2018 (Pág. 142 a 163 archivo “17ReformaDemanda”); **ix)** en Resolución SUB 253725 del 25 de septiembre de 2018 **COLPENSIONES** resolvió revocar la resolución que reconoció el derecho pensional, así como la que reliquidó la prestación y la que ingresó a nómina al señor **ARTURO HURTADO** y negó la pensión de vejez y, en Resoluciones SUB 254851 del 26 de septiembre de 2018, confirmada en Resolución DIR 2078 del 21 de febrero de 2019 y SUB 255790 del 27 de septiembre de 2018 se ordenó el reintegro de los recursos girados (Pág. 164 a 204 archivo “17ReformaDemanda”) **x)** la demandante reclamó ante **COLPENSIONES** solicitando declarar ineficaz el traslado de régimen del señor **ARTURO HURTADO**, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el pago del auxilio funerario y de los perjuicios morales, peticiones que fueron resueltas por la entidad en Resolución SUB 154204 del 17 de julio de 2020, declarándose la falta de competencia (Pág. 247 a 266 archivo “17ReformaDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró ineficaz la afiliación o traslado al RAIS del señor **ARUTO HURTADO (Q.E.P.D.)**, reactivó la afiliación en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAI debidamente indexado, absolvió a las demandadas del pago de la indemnización por perjuicios morales y materiales, declaró la falta de competencia y jurisdicción sobre las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez *post mortem*, pensión de sobrevivientes, auxilio funerario y pago a herederos, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión, tanto la parte **DEMANDANTE**, como **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información

objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del señor **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)**, **PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado fallecido la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

De otra parte, la señora **FLOR ÁNGELA PARDO ABRIL** en su interrogatorio manifestó que en el año 1999 el personal de **PORVENIR** se dirigió a la SECRETARIA DE INTEGRACIÓN SOCIAL, donde convencieron al señor **ARTURO HURTADO** de realizar el traslado de régimen, indicándole que era más beneficioso para los pensionados estar afiliados a esa AFP, aclarando que no estuvo presente en el momento en que ocurrió el traslado, pues se encontraba en su lugar de trabajo (min. 17:16 archivo “57ActaAudiencia20230912”). Dichos que de manera alguna benefician a **PORVENIR S.A.**, puesto que ni de la demanda, ni de la declaración rendida, se demuestra que el traslado al RAIS del señor **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)** se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal, máxime cuando a la señora **FLOR ÁNGELA PARDO** nada le consta de manera directa frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió el traslado de régimen de su cónyuge.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados por las demandadas, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará el numeral primero de la sentencia primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la

ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual



reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

En otro giro, en cuanto el recurso de apelación de la parte demandante, se señala que precisamente en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado y subsecuente retorno al RPM, la demandante podrá eventualmente reclamar el reconocimiento de la pensión de vejez *post mortem*, así como de la sustitucional pensional que aquí pretende, sin embargo, no es posible ordenar en este proceso tal reconocimiento porque hasta que la AFP demandada no efectúe el traslado de las sumas ordenadas no es posible fijar aspectos determinantes de la prestación, como lo son el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, ingreso base de liquidación y fecha de disfrute de la pensión, entre otras, motivo por el cual se confirmará la abstención dada al respecto por la *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el demandante **ARTURO HURTADO (Q.E.P.D.)** del RPM al

RAIS administrado por **PORVENIR S.A.**, a través de formulario de vinculación No. 01209965, efectivo a partir del 01 de septiembre de 1999, conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

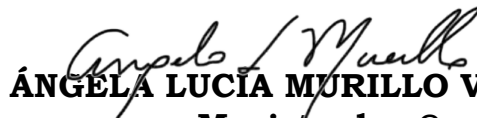
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

**QUINTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ARTURO HURTADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

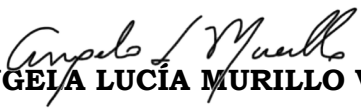
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2019 00711 02

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 10-2017-00434-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2022 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a la demandada sociedad **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN** al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, salarios, aportes a pensión, indemnizaciones, declaró la solidaridad de los socios hasta el monto de sus aportes, absolvió a los herederos determinados e indeterminados por probarse la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN, MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA y JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO** (min. 2:47:40 archivo “28GrabacionSentenciaApelacion”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 51 a 72 archivo “01ExpedienteDigitalizado”)**

**BLANCA MIREYA HERRERA RODRÍGUEZ** llamó a juicio a la sociedad **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN**, a sus socios capitalistas, señores **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.) y MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** y a los **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS**

**DE JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.), señores OLGA ELIZABETH GRIJALBA DE RODADO, OLGA GRIJALBA DE QUINTANA, EDUARDO MAURICIO GRIJALBA CUERVO, CAMILO ARMANDO GRIJALBA CUERVO, OLGA MARTHA VIRGINIA GRIJALBA CUERVO, MARCELA GRIJALBA MANCILLA, JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO, EDGAR FERNANDO GRIJALBA CUERVO y JORGE GRIJALBA CASTRO**, con el fin de que se declare la existencia de una relación laboral y, en consecuencia, se condene solidariamente al pago de prestaciones sociales, vacaciones, salarios, sanción moratoria por la no consignación de cesantías, aportes seguridad social, indemnización por mora en el no pago de la liquidación definitiva, indemnización por despido indirecto, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en que ingresó a trabajar al servicio de **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN** desde el 24 de septiembre de 2007 hasta el 15 de mayo de 2017, mediante contrato a término indefinido, para desempeñar el cargo de jefe de almacén y costos, devengando como último salario la suma de \$921.000 mensuales. Aseguró, que el gerente y representante legal de la empresa falleció el día 26 de julio de 2014, situación que generó el incumplimiento de las obligaciones laborales respecto del pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que una de las socias de la compañía decidió hacer la solicitud de autorización para el despido colectivo de los trabajadores ante el Ministerio de Trabajo, petición que fue aceptada el 30 de marzo de 2016 mediante Resolución No. 000704, circunstancia que en ningún caso implicaba la exoneración de la sociedad del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones a los trabajadores, pero pese a eso, actualmente se le adeudan estos conceptos, adicional a la indemnización por despido indirecto, toda vez que la demandada fue quien motivó ese retiro masivo.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

Las demandadas **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN y MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** se opusieron a las pretensiones numeradas 1, 2b, 2c, 2e, 2f y 2n. Aceptaron los hechos relativos a la relación laboral y su duración, el salario devengado, el cargo desempeñado, el fallecimiento del representante legal de la sociedad, la resolución que aceptó el despido

colectivo y la renuncia de la demandante. Expresaron no ser ciertos los demás hechos y formularon las excepciones de cobro de lo no debido, límite de la solidaridad, buena fe y prescripción (Pág. 2 a 8 archivo “09ContestacionDemanda”).

Por su parte, el Curador *Ad Litem* de los **HEREDEROS DETERMINADOS OLGA ELIZABETH GRIJALBA DE RODADO, OLGA GRIJALBA DE QUINTANA, EDUARDO MAURICIO GRIJALBA CUERVO, CAMILO, ARMANDO GRIJALBA CUERVO, OLGA MARTHA VIRGINIA GRIJALBA CUERVO, MARCELA GRIJALBA MANCILLA, EDGAR FERNANDO GRIJALBA CUERVO y JORGE GRIJALBA CUERVO E INDETERMINADOS DE JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)** manifestó atenerse a lo que se pruebe. Admitió los hechos relativos al fallecimiento del demandado **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)**, y la resolución que autorizó el despido colectivo, expresó no constarle los demás hechos y formuló la excepción de prescripción (Pág. 2 a 5 archivo “12ContestacionDefensorOficio”).

El demandado **JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO** guardó silencio, pese a haber sido notificado en legal forma, por lo que mediante Auto del 14 de noviembre de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por su parte (Pág. 386 archivo “01ExpedienteDigital”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 58:45 archivo “28GrabacionSentenciaApelacion”).**

El 15 de diciembre de 2022, el Juzgado (10) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre la señora BLANCA MIREYA HERRERA RODRÍGUEZ, demandante, y la SOCIEDAD GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN como empleadora, que se desarrolló entre el 24 de septiembre de 2007 al 15 de mayo de 2017, que ocupó la demandante el cargo de jefe de almacén y costos y con una última asignación salarial de \$921.000 mensuales como salario, que el contrato terminó por justa causa imputable al empleador por parte de la trabajadora demandante, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada sociedad GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN a pagar a la demandante BLANCA MIREYA HERRERA RODRÍGUEZ las siguientes sumas por los siguientes conceptos: por Cesantías del año 2016 la suma de \$912.000; por las Cesantías del periodo del 1 de enero al 15 de mayo de 2017 por \$345.375; Intereses a las cesantías del año*

2017 la fracción \$15.542; Prima de servicios proporcional al año 2017 \$345.375; Vacaciones proporcionales del año 2017 la suma de \$172.688, suma que deberá ser pagada debidamente indexada; Salarios desde el 16 de enero de 2017 hasta el 15 de mayo de 2017 la suma de \$4.605.000, indemnización del artículo 64 CST la suma de \$6.225.039 pesos debidamente indexada; indemnización por no consignación de cesantías al fondo de conformidad con el artículo 99 de la ley 50/90 por la suma de \$2.763.000; indemnización del artículo 65 CST, por los primeros 24 meses por la suma de \$ 22.104.000 pesos y a partir del 16 de mayo del año 2019 y hasta la fecha efectiva de pago se condena a la demandada al pago al trabajador demandante los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria desde el inicio del mes 25 hasta la fecha efectiva del pago sobre el valor correspondiente a salarios, cesantías, intereses y primas servicio por los cuales se emitió condena en esta sentencia, también se le condena al pago de aportes a seguridad social en pensiones con destino a PORVENIR SA por el periodo comprendido del 01 de enero de 2017 al 15 de mayo de 2017, sobre un IBC de \$921.000 en las condiciones que imponga el fondo de pensiones, esto es, junto con los intereses moratorios establecidos en la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia. **TERCERO: SE DECLARA** la solidaridad de los socios de la EMPRESA GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN, son responsables solidarios hasta el monto de sus aportes por las condenas proferidas en esta sentencia, el señor JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ representado por sus HEREDEROS DETERMINADOS OLGA ELIZABETH GRIJALBA DE RODADO; OLGA GRIJALBA DE QUINTANA; EDUARDO MAURICIO GRIJALBA CUERVO; CAMILO ARMANDO GRIJALBA CUERVO; OLGA MARTHA VIRGINIA GRIJALBA CUERVO, MARCELA GRIJALBA MANCILLA, JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO, EDGAR FERNANDO GRIJALBA CUERVO y JORGE GRIJALBA CUERVO, hasta la suma de \$184.440.000 correspondientes al aporte de señor JORGE GRIJALBA DIAZ en la sociedad demandada, y también se declara solidariamente responsable a MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA hasta la suma de sus aportes a la sociedad GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa. **CUARTO: SE DECLARA PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de prescripción a favor de los demandados herederos determinados JORGE ENRIQUE GRIJALBA DIAZ representado por sus HEREDEROS DETERMINADOS OLGA ELIZABETH GRIJALBA DE RODADO; OLGA GRIJALBA DE QUINTANA; EDUARDO MAURICIO GRIJALBA CUERVO; CAMILO ARMANDO GRIJALBA CUERVO; OLGA MARTHA VIRGINIA GRIJALBA CUERVO, MARCELA GRIJALBA MANCILLA, EDGAR FERNANDO GRIJALBA CUERVO y JORGE GRIJALBA CUERVO frente al pago de las condenas impuestas en esta sentencia a favor de la demandante, por ende se absolverá del pago de manera solidaria en relación a las condenas impuestas a favor de la demandante BLANCA MIREYA HERRERA RODRÍGUEZ, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: SE DECLARA PARCIALMENTE PROBADA** la excepción de cobro de lo no debido por concepto de la pretensión de pago del saldo vacaciones del año 2016 propuesta en la demanda y se absuelve a los demandados de dichas pretensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: SE CONDENA** en costas de esta instancia a favor

*de la parte actora a la sociedad demandada GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN a favor de la demandante BLANCA MIREYA HERRERA RODRÍGUEZ, condena por la cual son solidariamente responsables la señora demandada en solidaridad MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA y el señor JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO, de conformidad a la parte motiva de esta providencia. Incluir como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$3.000.000 (...)*”.

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si efectivamente a la demandante se le adeuda por el empleador demandado las cesantías correspondientes al año 2016 y si se le adeuda un saldo de vacaciones del año 2016 por la suma de \$123.000, también establecer si efectivamente el contrato de trabajo que existió entre las partes finalizó por renuncia voluntaria o por despido indirecto por el incumplimiento de las obligaciones del empleador de pagar oportunamente salarios, prestaciones, aportes a seguridad social, y en caso afirmativo, si hay lugar al pago de la indemnización del artículo 64 CST, sanción por la no consignación de cesantías del año 2016 y si a la terminación del contrato a la demandante no se le pagó la liquidación de prestaciones sociales y en caso afirmativo, si hay lugar a la indemnización del artículo 65 CST.

Para resolver, indicó que en el presente asunto no existe discusión frente a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, sus extremos, cargo y salario y tampoco en relación con la pretensión dirigida al pago de salarios del 15 de enero de 2017 al 15 de mayo de 2017, por cuanto no hubo oposición a la pretensión 2ª literales g, h, i, j, k, l y m y no obra prueba de su pago, por lo que de acuerdo con el salario de \$921.000, condena por \$4.605.000 por concepto de salarios adeudados. Asimismo, se aceptó la pretensión 2ª literal d, relacionada con la falta de pago de las cesantías del año 2016, también emitiendo condena por esta pretensión.

Por otro lado, señaló que conforme a las pruebas recaudadas, no obra prueba del pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones del periodo del 01 de enero al 15 de mayo de 2017, empero, si obra prueba el pago del saldo de vacaciones del año 2016, emitiendo condena por tales conceptos solo para el año 2017.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, indicó que en el proceso obra la carta de renuncia presentada por la demandante, encontrando demostradas las causas invocadas por la ex trabajadora



relativas a la falta de pago de salarios, cesantías y aportes a la seguridad social, por lo que el contrato terminó por despido indirecto.

Frente a las indemnizaciones por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y por no pago de salarios y prestaciones debidas a la terminación del contrato del artículo 65 CST, dijo que la sociedad demandada se encuentra en estado de liquidación por vencimiento del plazo para el cual fue constituida, a partir del 29 de abril de 2015, situación que difiere a una liquidación judicial, sin que se haya demostrado que la sociedad demandada haya registrado una extensión del tiempo de vigencia, por lo que la empresa debió entrar en disolución y dedicarse a realizar su liquidación, asumiendo las obligaciones jurídicas que existieran con sus acreedores, dentro de las cuales se encuentra en primera categoría el pago de acreencias laborales a sus trabajadores, obligación que la demandada no realizó, pues por el contrario efectuó un pago a un acreedor de cuarta clase de créditos, desconociendo la prelación de créditos a favor de los trabajadores, demostrando su mala fe, agregando que los problemas económicos de los empleadores no los exime de los créditos que tenía con la parte demandante. Así, y al haberse demostrado que la demandada no consignó las cesantías del año 2017 antes del 15 de febrero de 2017 y que tampoco pagó los salarios y prestaciones a la terminación del contrato de trabajo, dichas sanciones son procedentes.

En relación con la solidaridad de los socios de la empresa demandada, consideró que las sociedades limitadas son sociedades de personas y sus socios responden hasta el límite de aportes, por lo que si bien se allegaron copias de las actas de las audiencias del artículo 80 CPTSS celebradas por dos Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá en las que se condenó a **GRIJALBA CONSTRUCCIONES**, tales documentos no corresponden propiamente a las sentencias, y aun en gracia de la discusión, tales actas no informan la ejecutoria de las sentencias, por lo que no se tiene certeza si la demandada **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** tuvo que responder en solidaridad por las condenas allí impuestas, menos aún si se encuentra cubierto el límite de sus aportes. En consecuencia, declara la responsabilidad solidaria de la socia **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** y de los **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS** del socio **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)** hasta el límite de sus aportes.

En lo que respecta a la indexación, señaló que esta es excluyente con las indemnizaciones moratorias, solo ordenando la indexación de las vacaciones y de la indemnización por despido.

Para finalizar, en cuanto a las excepciones, adujo que de acuerdo con las resultas del proceso se debe declarar parcialmente la de cobro de lo no debido frente a la pretensión de pago del saldo de vacaciones del año 2016. En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que el contrato de trabajo finalizó el 15 de mayo de 2017, la demanda se radicó el 14 de julio de 2017, interrumpiéndose la prescripción y se notificó a las demandadas **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA** y **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** en el año 2019, esto es, dentro del término correspondiente, no obstante, solo hasta el 14 de junio de 2022 se logró la notificación del abogado de oficio de los **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)**, por lo que en aplicación del artículo 94 CGP, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción frente a aquellos demandados y por ende, los absuelve de la responsabilidad solidaria, excepción que no favorece al señor **JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO** quien se notificó personalmente en el año 2019 y no contestó la demanda.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, únicamente respecto a la excepción de prescripción declarada en favor de los demás **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS**, argumentando que como se evidencia en la documental del proceso, en distintas ocasiones se intentó su notificación, efectuándose el emplazamiento conforme al artículo 318 CGP, el que una vez cumplido mediante Edicto, se designó defensor de oficio en el año 2018, desde cuando se intentó que varios abogados asumieran la representación y solo hasta el año 2022 se logró la aceptación del cargo, indicando que tal situación no es atribuible a la parte demandante, quien surtió la carga procesal correspondiente, sino a terceras personas, como lo son los curadores que en su momento el Juzgado designó. Solicitó se revoque el numeral que excluye a aquellos demandados como responsables en solidaridad y no se aplique la prescripción (min. 2:55:37 archivo “28GrabacionSentenciaApelacion”).

A su turno, el apoderado de **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN** y **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** interpone recurso de apelación, argumentando que la señora **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** ya canceló el valor del límite de sus aportes en tres procesos en los cuales fue condenada y embargada, por lo que no debería volver a ser condenada por los mismos aportes; asimismo, dijo que la empresa no renovó la matrícula por la muerte de uno de los dos socios, siendo que una sociedad limitada no podía tener un solo socio, que la empresa funcionó durante cuatro décadas, cumpliendo siempre con sus obligaciones y solo después de la muerte del socio ocurrieron los atrasos, por lo que la empresa vendió sus bienes, dinero que se invirtió en sus acreencias laborales, todo lo que se demuestra la buena fe; adicionó, que la jurisprudencia ha establecido que la demandada solo puede ser condenada por una indemnización y en la sentencia se condenó por cuatro indemnizaciones. Frente a la excepción de prescripción, alegó que la demanda no fue notificada dentro de los tres años siguientes a la admisión de la demanda, ya que esta fue admitida el 29 de septiembre de 2017 y la notificación por conducta concluyente ocurrió el 02 de julio de 2022. (min. 2:59:08 archivo “28GrabacionSentenciaApelacion”).

El Curador *Ad litem* de los **HEREDEROS DETERMINADOS E INDETERMINADOS DE JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)** interpone recurso apelación, considerando que en segunda instancia se debe oficiar a los Juzgados 38 y 29 Laboral del Circuito de Bogotá para que aporten las sentencias en audio y video y así demostrar que si existe límite de solidaridad frente a los socios (min. 3:09:33 archivo “28GrabacionSentenciaApelacion”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la sociedad **DEMANDADA** y de la señora **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** solicitó revocar el fallo de primera instancia, declarar probadas las excepciones de cobro de lo no debido, límite de la solidaridad, buena fe y prescripción, las cuales fueron invocadas en la contestación, reiterando los argumentos esbozados en la alzada.

Las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos en esta instancia.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de las excepciones propuestas por la parte demandada, conforme lo alegado en los recursos de apelación y el ordenamiento jurídico.

## VII. CONSIDERACIONES

En esta instancia no hay controversia en relación con los siguientes supuestos fácticos: **i)** entre las partes, por un lado la demandante **BLANCA MIREYA HERRERA RODRÍGUEZ**, en condición de trabajadora y por otro, la demandada **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS LTDA**, en condición de empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo como extremo inicial el 24 de septiembre de 2007, en la cual la demandante se desempeñó en el cargo de Jefe de almacén y costos, devengando como salario la suma de \$921.000 (Pág. 11 archivo “01ExpedienteDigital”); **ii)** el socio y representante legal de la empresa **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA**, señor **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ** falleció el 26 de julio de 2014 (Pág. 5 archivo “01ExpedienteDigital”); **iii)** mediante Resolución No. 000704 del 30 de marzo de 2016 el Ministerio del Trabajo autorizó a la empresa **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA** el cierre total y el despido colectivo de los trabajadores (Pág. 26 a 29 archivo “01ExpedienteDigital”); **iv)** en comunicación del 16 de mayo de 2017 la demandante dio por terminado el contrato de trabajo por renuncia, aduciendo causas imputables al empleador (Pág. 12 a 14 archivo “01ExpedienteDigital”); **v)** al finalizar la relación laboral la demandada no pagó a la demandante las cesantías del año 2016 y las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios y aportes al sistema de seguridad social en pensiones proporcionales al año 2017.

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a la demandada **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN** al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, salarios, aportes a pensión, indemnizaciones, declaró la solidaridad de los socios hasta el monto de sus aportes, absolvió a los herederos determinados e indeterminados, a excepción del demandado **JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO** por probarse la excepción de prescripción y condenó en costas a **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA EN LIQUIDACIÓN, MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** y **JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO**. Contra la anterior decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Procede entonces la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Excepción de buena fe en la aplicación de la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria.**

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990, estableció que el valor liquidado por cesantías se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en la cuenta individual del trabajador en el fondo de cesantías, norma que sanciona al empleador que incumpla el plazo con el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Por su parte, el artículo 65 CST sanciona al empleador que a la terminación del trabajo no pague los salarios y prestaciones sociales, con el pago de una indemnización igual al último salario diario por cada día de retardo; conforme el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para el caso de los trabajadores que devenguen más de 01 SMLMV, se mantendrá el pago de dicha indemnización en la cantidad antes señalada por 24 meses contados desde la terminación del contrato y, a partir del mes 25 y hasta cuando el pago se verifique, se causaran intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, causados sobre las sumas adeudadas por concepto de salarios y prestaciones.

Respecto la naturaleza de las precitadas indemnizaciones, la H. CSJ ha sido enfática en indicar que es sancionatoria, por tanto, su imposición no procede de forma automática sino previamente se debe acreditar la mala fe del empleador en el comportamiento omisivo, por tanto, si este aporta razones justificativas razonables y satisfactorias de su conducta no

procede la condena, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 37.048 de 2012, SL6933-2016, SL4260-2020, SL859-2021, SL2886-2022, SL4311-2022, SL567-2023, entre otras.

Acorde con lo expuesto, solo es viable acceder al reconocimiento del concepto indemnizatorio, cuando el empleador, una vez establecido el incumplimiento de las obligaciones que dan lugar a la imposición de una sanción no esgrime circunstancias atendibles que indiquen que en tal omisión hubo buena fe, o cuando el Juez no encuentre circunstancias que dentro del proceso la hagan evidente, pues existen eventos atendibles que lo coloquen en la imposibilidad de cumplir las obligaciones que se encuentran a su cargo, y en ese evento, resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de la reclamada.

Aplicando las anteriores premisas al caso objeto de estudio, en principio debe partir la Sala por señalar que en este caso específico, la empresa demandada **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA** debió pagar las acreencias laborales de la demandante el 15 de mayo de 2017, fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que así lo hubiera efectuado, por lo que debe valorarse la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales, a partir del día siguiente.

Ahora, considera el apelante de la demandada que en el transcurso del proceso sí se demostró la buena fe de su representada, en razón a que la empresa operó durante cuatro décadas durante las cuales siempre cumplió sus obligaciones laborales, siendo que solo hasta después del fallecimiento de uno de sus socios, señor **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)**, atravesó una crisis económica, procediendo a vender todos sus bienes, dineros que invirtió exclusivamente en cancelar las acreencias laborales de los trabajadores y por lo cual, de acuerdo a la visita del Ministerio del Trabajo, ofreció a sus empleados la entrega de la maquinaria como parte de pago.

No obstante, dentro del material documental vertido en autos, al respecto solamente obra la solicitud de autorización para despido colectivo de trabajadores por cierre definitivo de la empresa, elevada ante el Ministerio del Trabajo por la señora **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA**, documento en el que nada se dijo frente a la alegada crisis

económica de la empresa, pues el motivo de la solicitud únicamente se refiere al vencimiento del término de duración de la sociedad, situación que aquella reiteró en la visita realizada por ese Ente Ministerial el 21 de octubre de 2015 y la cual fue admitida mediante Resolución No. 00704 de 2016 (Pág. 16 a 29 archivo *"01ExpedienteDigital"*).

Tampoco se encontró sustento de los dichos de la pasiva en las declaraciones rendidas, pues nótese como el representante legal en su interrogatorio atribuyó el decaimiento de la empresa a la muerte del señor **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)** y a la falta de mando de sus socios y si bien las testigos traídas al proceso fueron contestes en señalar que desde el año 2016 disminuyó notoriamente la producción de la empresa, lo cierto es que ninguna de tales manifestaciones tiene la fuerza probatoria suficiente para acreditar la justificación esgrimida por la demandada, pues en verdad no hay medio probatorio alguno que permita siquiera inferir que la sociedad se encontrara atravesando por alguna crisis económica que le impidiera atender sus obligaciones patronales, máxime cuando los deponentes ratificaron de manera contundente la mora del empleador en el pago de salarios y prestaciones sociales a todos los trabajadores.

Así que, conforme a la regla general del *onus probandi* consagrada en el art. 167 CGP, correspondía a la sociedad demandada demostrar por el medio regular, oportuno y eficaz de prueba, que no actuó con negligencia o desinterés de no pagar, dado que el trabajador no debe soportar la indiferencia del empleador en el reconocimiento de sus derechos y para el demandante, como única carga para hacerse acreedor de la sanción, correspondía únicamente demostrar la falta de pago de sus salarios y prestaciones debidas al término de su vínculo laboral, lo que ciertamente se encuentra probado y aceptado por la demandada desde su contestación.

Sin perjuicio de lo anterior, si en gracia de la discusión se aceptara que la pérdida de clientes y la disminución del servicio prestado conllevara de alguna manera a la dificultad de la empresa en atender oportunamente sus obligaciones patronales, recuérdese que, frente a esta situación, de vieja data la Corte Suprema de Justicia ha señalado claramente que los riesgos y las pérdidas de las empresas no *"tienen por qué afectar a sus trabajadores. Los dueños, [que] son los socios, si se trata de una persona jurídica, o su dueño, son los que deben asumir las*

*pérdidas, así como son quienes reciben las utilidades*<sup>1</sup>, por lo que, siguiendo tal derrotero jurisprudencial, fácil es concluir que el presente asunto no se acreditó la buena fe de la parte demandada, pues en virtud del contrato de trabajo, la misma estaba obligada a cumplir con el pago de las prestaciones que le correspondían a la trabajadora, y era su deber actuar con diligencia para satisfacer las acreencias laborales correspondientes, por lo que no puede considerarse como eximente de la conducta morosa la existencia de problemas económicos.

Aunado, ninguno de los socios por su cuenta canceló los salarios y prestaciones sociales a la demandante, ni mucho menos adelantó la liquidación de la empresa.

En consecuencia, al no acreditarse que el obrar de la pasiva estuvo ajustado a los postulados de la buena fe que se exigen para no correr con tales sanciones moratorias, se colige entonces que no se encuentra justificada la mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados a la ex trabajadora, lo que de contera conlleva a la procedencia de las indemnizaciones rogadas en la demanda, tal como se concluyó en primera instancia, resaltándose que ningún reparo presentaron las partes frente a los montos liquidados por la *a quo*, por lo que se confirmarán las condenas impuestas por tales conceptos.

**- Excepción de límite de la responsabilidad solidaria del artículo 36 CST en el caso de sociedades de responsabilidad limitada.**

El artículo 36 CST, establece que son solidariamente responsables de todas las obligaciones emanadas del contrato de trabajo las sociedades de personas y sus miembros y éstos entre sí, en relación con el objeto social y sólo hasta el límite de la responsabilidad de cada socio, los condueños o comuneros de una misma empresa entre sí, mientras permanezcan en indivisión.

El alcance de la precitada solidaridad para las sociedades de responsabilidad limitada fue precisado por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, quien indicó en sentencia SL Rad. 29.522 del 22 de julio de 2009 que la solidaridad de los socios se extiende hasta el límite de su responsabilidad, equivalente a su aporte inicial, siendo relevante

---

<sup>1</sup> CSJ SL912 del 4 de diciembre de 2013.



que la sociedad de responsabilidad limitada se comporta como una sociedad colectiva en donde los socios responden solidariamente, pero hasta el límite de sus aportes, posición que ha sido reiterada respecto de este tipo de sociedad en las sentencias SL10546-2014, SL4385 de 2018, SL2930 de 2019, SL237 de 2021, entre otras.

Bajo esa óptica, como en el caso bajo estudio, la sociedad **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA** es una sociedad de personas, en virtud de la citada norma, los señores **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.) y MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA**, como socios de esta empresa, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal (Pág. 5 a 9 archivo “02Poder”), se hacen responsables solidariamente de todas las condenas aquí establecidas contra la empresa, hasta el monto de sus aportes que corresponden a la suma de \$184.440.000 para **JORGE ENRIQUE GRIJALBA DÍAZ (Q.E.P.D.)** y \$46.110.000 para **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA**.

En esa medida, y resaltándose que para declarar la responsabilidad solidaria en los términos del artículo 36 CST basta con acreditar la calidad de socios de una sociedad de responsabilidad limitada, no es posible atender los cuestionamientos planteados por los recurrentes del extremo pasivo, relacionados a la improcedencia de la responsabilidad solidaria en cabeza de los socios aquí demandados, tras considerar que aquellos han sido condenados en solidaridad dentro los procesos ordinarios laborales con radicados 38-2017-00430-00 y 29-2017-00444-00 y que se decretó medida cautelar contra la señora **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** como heredera de la sociedad dentro del proceso ejecutivo laboral 13-2019-00186-00 (Pág. 9 a 17 archivo “09ContestacionDemanda”), habida consideración que aun cuando se dé pleno valor probatorio al contenido de las actas aportadas por la accionada, así como a la providencia de embargo, la cual no está de más señalar, fijó como límite de la medida la suma de \$46.110.000, lo cierto es que no existe prueba que permita inferir que los socios ya han sufragado las condenas impuestas en dichos procesos hasta el límite de sus aportes, mucho menos existe evidencia sobre la materialización efectiva de la medida cautelar decretada.

En consecuencia, igualmente se confirmará la decisión que al respecto adoptó la Juez de primer grado.

**- Excepción de prescripción.**

Los artículos 488 y 489 CST consagraron que la prescripción de la acción para reclamar los derechos laborales se configura en un lapso de tres (3) años, contados desde el momento en que la respectiva obligación se hizo exigible, término que puede ser interrumpido por una sola vez con el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, caso en el cual el término iniciará a contarse nuevamente desde la fecha del reclamo. Las anteriores disposiciones fueron reiteradas en el artículo 151 CPTSS.

Así mismo, el artículo 94 CGP, norma aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del CPL y de la SS, dispone que *“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos sólo se producirán con la notificación al demandado”*.

Al efecto y sobre la aplicación de esta norma, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tenido ocasión de pronunciarse para definir que la prescripción de las acciones laborales puede interrumpirse a través de dos mecanismos diferentes pero no excluyentes, a saber: **i)** extrajudicialmente, mediante la presentación del simple reclamo escrito por parte del trabajador al empleador sobre un derecho determinado; y **ii)** con la presentación de la demanda en los términos que señala el artículo 90 CPC (hoy 94 CGP). Dice la Corte que para resolver sobre la eficacia o ineficacia de la interrupción prevista en el artículo 94 CGP, es pertinente tener en cuenta lo definido por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, pues debe evaluarse el actuar diligente de la parte demandante en cuanto puede ocurrir que por razones ajenas o no imputables a dicha parte, pierda la posibilidad de exigir su derecho (sentencia CSJ SL 5159-2020).

En el *sub examine*, el contrato de trabajo existente entre las partes culminó el 15 de mayo de 2017 y la demanda fue presentada el 14 de julio de 2017 (Pág. 48 archivo “01ExpedienteDigital”), admitida mediante Auto del 29 de septiembre de 2017, que fue notificado al extremo actor por estado del 02 de octubre de 2017 (Pág. 73 a 74 archivo

“01ExpedienteDigital”). Por consiguiente, y en los términos de la norma referida, la parte demandante tenía hasta el 02 de octubre de 2018 para notificar la demanda a los demandados, si pretendía interrumpir el término prescriptivo con la presentación de la demanda.

De las actuaciones que siguieron a la admisión de la demanda, conforme la revisión del expediente, encontramos que el 20 de octubre de 2017 la apoderada de la actora informó la dirección de notificación de los demandados, aceptada por el Juzgado en proveído del 23 de octubre de 2017; posteriormente, el 30 de enero de 2018 se radicó memorial con los citatorios tramitados el 08 de noviembre de 2017, con resultado negativo, por lo que en Auto del 31 de enero de 2018 el Juzgado dispuso la designación de tres auxiliares de justicia como Curadores *ad litem* de todos los demandados, nombramiento del cual se notificó personalmente la abogada MAYERLINE BUITRAGO BENITEZ el 02 de marzo de 2018; no obstante, en escrito radicado el 06 de marzo de 2018 la apoderada de la demandante solicitó la autorización de una nueva dirección de notificación, admitida en Auto del 06 de julio de 2018.

Acto seguido, se aportaron citatorios y avisos enviados a los demandados, con constancias emitidas por la empresa de correos LTD EXPRESS, donde se afirma que se entregaron en la dirección informada y se recibieron los días 25 de julio y 30 de noviembre de 2018, respectivamente, tras lo cual mediante Auto del 24 de enero de 2019 el Juzgado requirió a la parte demandante para que continuara la notificación por Aviso, requerimiento atendido por la actora allegando Avisos con certificados de entrega expedidos por dicha empresa de servicio postal con constancia de entrega positiva el 08 de febrero de 2019, por lo que en Auto del 04 de julio de 2019 el Juzgado designó nuevo defensor de oficio y ordenó el emplazamiento, verificándose que la publicación del mismo se efectuó el 18 de julio de 2019.

Seguidamente, ante el silencio de los curadores designados en Autos del 31 de julio y 14 de noviembre de 2019, 13 de marzo de 2020 y 31 de mayo de 2022 se nombran nuevos defensores de oficio, finalmente notificándose la designación por parte del Juzgado al abogado JHONATAN BUITRAGO el 02 de junio de 2022, quien contestó la demanda el 14 de junio de 2022.

El demandado **JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO** acudió a notificarse personalmente el 03 de septiembre de 2019 y no contestó la demanda.

Por su parte, las demandadas **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** y **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA**, confirieron poder a su apoderado judicial, por lo que mediante Auto del 31 de mayo de 2022 se tuvieron por notificadas por conducta concluyente.

Este recorrido procesal muestra que la demora en la notificación oportuna del auto admisorio de la demanda no se debió a una conducta pasiva o negligente de la parte interesada, pues quedó demostrado que el extremo actor, de manera oportuna y en debida forma, remitió a los demandados las respectivas comunicaciones tendientes a procurar su notificación personal, las cuales fueron entregadas en su domicilio, tal como lo certificó la empresa de correos, únicamente concurriendo a notificarse el demandado **JORGE EDILBERTO GRIJALBA CUERVO** el 03 de septiembre de 2019, quien por demás optó por guardar silencio y las demandadas **MYRIAM AMPARO ROMERO MOLINA** y **GRIJALBA CONSTRUCCIONES METÁLICAS INGENIEROS LTDA** hasta el mes de julio de 2020 confiriendo mandato, quedando así demostrado que el actuar de los demandados no fue de buena fe, y su culpa no puede ocasionarle consecuencias adversas a la demandante.

Así las cosas, para la Sala la parte demandante si interrumpió el término de prescripción con la presentación de la demanda y por ello no operó la excepción propuesta por la parte demandada, pues entre la finalización de la relación laboral y la interposición de la demanda no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 y 489 CST y si bien la notificación de los demandados ocurrió más de un año después al auto admisorio, en este caso se evidenció el actuar diligente del extremo actor, por lo que no puede verse menguado su derecho.

Corolario, se revocará el numeral cuarto de la sentencia apelada, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción.

**- Excepción de cobro de lo no debido.**

Sin lugar a mayores razonamientos, huelga decir que conforme a las resultas del caso, es evidente la improsperidad íntegra de este medio

exceptivo, en tanto la demandada no demostró el pago total de las obligaciones laborales que adeuda a la demandante, pues inverso a ello, como quedó visto, el empleador asintió la mora desde el libelo de réplica a la demanda.

En estos términos se agota la competencia en esta instancia por la resolución de los puntos concretos objeto de apelación expuestos por la parte actora y lo que se sigue es la revocatoria parcial de la sentencia en los términos anteriormente expuestos.

Sin costas.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción invocada por el extremo demandado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 10-2020-00435-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados de **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, contra el fallo del 11 de octubre de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** (min. 1:13:38 *archivo “41AudioAudiencia”*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 4 a 26 archivo “01DemandaAnexos”).**

**JEANETTE MORALES GARCÍA** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, reactivar su afiliación en el RPM, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo las condiciones del Decreto 758 de 1990 por ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico, indicó que nació el 24 de mayo de 1957, que se afilió al ISS desde 25 de agosto de 1983 hasta el 01 de mayo de 1994, que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** el 11 de abril de 1994, afiliación que se llevó de manera desinformada, ya que la AFP no suministró información clara y completa de las

características de cada régimen pensional y que iba en contra de sus intereses pensionales.

Señaló, que para la fecha del traslado tenía una expectativa de pensionarse, por lo cual elevó solicitud de retorno al RPM ante las demandadas, petición que fue negada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa. Expresó que no le constaban los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condenas en costas y declaratoria de otras excepciones (Pág. 2 a 11 archivo “16ContestaciónColpensiones”).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones en su contra. Indicó que no son ciertos o no le constan los hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Pág. 5 a 25 archivos “18ContestacionColfondos”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 0:38 archivo “41AudioAudiencia”).**

El 11 de octubre de 2023, el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante la señora JEANNETTE MORALES GARCIA a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS mediante la suscripción de afiliación del 11/04/1994 por no haberse cumplido con el deber de información dándole información completa, cierta, veraz y oportuna sobre ventajas, desventajas, y consecuencias del traslado de régimen pensional a la demandante por ende se declara ineficaz el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual realizado por la demandante, y se ordena su restablecimiento*

de la afiliación al régimen de prima media sin solución de continuidad como si nunca se hubiese trasladado, de conformidad a la parte considerativa de esta providencia. **SEGUNDO: Se CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a restablecer afiliación de la demandante señora JEANNETTE MORALES GARCIA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: Se CONDENA** a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a hacer la devolución al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, de todas las sumas existentes en la cuenta individual de la demandante de conformidad a lo establecido en el artículo 1746 del C.C, es decir, cotizaciones, rendimientos, frutos, bonos pensionales si los hubiere, e incluir la devolución de los gastos de administración, prima de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez, porcentaje de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y se le otorga el termino de quince(15) días siguientes a la ejecución de la sentencias para hacer esta devolución que debe estar acompañada de las documentales que permitan a COLPENSIONES establecer cuáles fueron los periodos cotizados, ingreso base de cotización, intereses, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere que se percibieron por la señora JEANNETTE MORALES GARCIA y así mismo, cuales las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, sumas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes de garantía de pensión mínima para que COLPENSIONES pueda establecer que se hace la devolución ordenada en esta sentencia y las condiciones establecidas, de conformidad a la parte considerativa de la providencia. **CUARTO: Se CONDENA** a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPENSIONES a que deberá de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia, imputar en la historia laboral de la señora JEANNETTE MORALES GARCIA para efectos del derecho pensional las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS, una vez ingresen las sumas provenientes COLFONDOS deberá revisar que efectivamente se hace la devolución con los términos indicados en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de la providencia. **QUINTO: Se CONDENA** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la señora JEANNETTE MORALES GARCIA una pensión como beneficiaria del régimen de transición del art 36 de la ley 100 de 1993 y en aplicación del art 12 del acuerdo 049 de 1990 y en consecuencia deberá reconocer la pensión en 13 mesadas pensionales, se establece como mesada pensional inicial para el primero (01) de abril del 2019 la suma de (\$2.063.800) con los reajustes anuales legales correspondiente, de conformidad a la parte considerativa de la sentencia. **SEXTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo pensional causado por la señora JEANNETTE MORALES GARCIA desde el primero (01) de abril de 2019 hasta la fecha efectiva de inclusión en nómina de pensionados de COLPENSIONES que liquidado por este despacho a 30 de septiembre de 2023 asciende el retroactivo pensional la suma de \$130.077.907, sin perjuicio de las mesadas que se sigan causando, se autoriza a COLPENSIONES a descontar de este retroactivo pensional los aportes correspondientes a salud y se ordena a COLPENSIONES que esas sumas deben ser pagadas debidamente indexadas entra la fecha de causación de cada una de las mesadas pensionales y la fecha efectiva de pago dando aplicación a la



*fórmula establecida por la sala laboral de la corte suprema de justicia para efectos de indexación de las mesadas pensionales, de conformidad a la parte motiva de la providencia. **SEPTIMO: Se CONDENA** en costas de esta instancia a favor de la parte actora y en cabeza de COLFONDOS y COLPENSIONES se condena en costas y deberán ser tasadas por la secretaria del despacho incluyendo como agencias en derecho a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS la suma de \$1.150.00.00 y como agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES a favor de la demandante la suma de \$4.000.000 de conformidad a lo expuesto. **OCTAVO:** De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al art 69 C.P.T Y SS por las condenas impuestas a COLPENSIONES. **NOVENO: Se DECLARAN** no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por COLFONDOS de conformidad a la parte considerativa de la providencia. (...)”.*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del RPM, RAIS realizado por la señora **JEANNETTE MORALES GARCIA** hacia la sociedad **COLFONDOS**, el día 11 de abril de 1994. De ser positiva dicha declaración, si debe restituir a **COLPENSIONES** las cotizaciones por pensiones obligatorias con sus rendimientos financieros, frutos e intereses sumas adicionales y los bonos pensionales si los hubiese a su emisor. Finalmente, si la señora **JEANNETTE MORALES GARCIA** es beneficiaria al régimen de transición de acuerdo al art 36 de la ley 100 de 1993, de ser así, si hay lugar al reconocimiento de la pensión por vejez bajos los términos del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año.

Para resolver, la Juez indicó que con las pruebas documentales aportadas no se acredita que la AFP hubiera satisfecho a la accionante en su deber de información y que, del interrogatorio de parte de la demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz, lo que implica retornar al RPM y a retrotraer las cosas a su estado anterior. Respecto a la pensión de vejez, señaló que la demandante reúne un total de semanas de 1674 semanas y acreditó ser beneficiaria del régimen de transición, por cuanto al entrar en vigencia la ley 100 de 1993 contaba con el requisito de más de 35 años de edad establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, que para el 29 de julio de 2005 contaba con 1000 semanas acreditadas y por ende, mantiene el régimen de transición hasta el 2014, por lo que le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, indicando que reúne los requisitos de dicha normatividad. En consecuencia, ordenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación. Fundamenta su recurso, en que de conformidad con el artículo 191 CGP, la confesión realizada por la parte actora en interrogatorio fue expresa, consiente y libre y producía efectos jurídicos adversos a la confesante, pues la demandante manifestó que su traslado y afiliación fue consiente y libre, así como en los hechos de la demanda, la parte actora confesó que se trasladó porque obtendría mayores beneficios pensionales en comparación al ISS, al igual que en la asesoría por parte de **COLFONDOS** se le informó la posibilidad de una pensión anticipada siempre y cuando realizara aportes voluntarios y cuál sería el monto que debía tener para obtener su pensión, por lo que su motivación para solicitar la ineficacia es la proyección realizada por parte de la AFP y que este monto sería menor al de **COLPENSIONES**. Por otra parte, indicó que para la época tan solo correspondía demostrar si se brindó la información necesaria con relación a las características, ventajas y desventajas del régimen pensional, lo que se logró demostrar. Solicitó revocar la declaratoria de ineficacia de la afiliación y en su lugar absolver a su representada de todas las pretensiones, así de la devolución de los gastos de administración porque se trata de rubros ya pagados y causados que se pagan por imperio de la ley y su devolución causaría un impacto negativo en la AFP y un enriquecimiento sin justa causa (min. 1:20:04 archivo “41AudioAudiencia”).

A su turno, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y del reconocimiento pensional y pago de retroactivo, considerando que para el momento del traslado la normatividad aplicable solo se exigía la aceptación libre y espontánea del afiliado, siendo que la demandante era consciente del traslado. Agregó, que se viola el debido proceso que le asiste a la entidad y resulta gravemente lastimada, por cuanto no participó en el acto de traslado, generándose un detrimento patrimonial. Por otra parte, solicitó que en caso de que se confirme la sentencia, se mantenga la condena impuesta a la AFP relacionada a la devolución de la totalidad de los conceptos contenidos en la CAI de la demandante y se adicione en el entendido de condicionar el cumplimiento de la condena a cargo de su

representada al previo cumplimiento de la AFP (min. 1:25:13. archivo “41AudioAudiencia”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

Por su parte, la firma U.T. DEFENSA PENSIONES, apoderada de **COLPENSIONES**, sustituyó poder al doctor Humberto Linares Peña, identificado con CC 1.117.534.388 y TP 399.261 del CSJ, a quien se reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución a **COLPENSIONES** de los valores descontados durante su permanencia en la AFP y de ordenar el reconocimiento pensional a favor de la demandante, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **JEANNETTE MORALES GARCIA** nació el 24 de mayo de 1957 (Pág. 29 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* la demandante se afilió al ISS el 25 de agosto de 1983 (Pág. 32 a 45 archivo “01DemandaAnexos”); *iii)* la demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** a través de formulario de vinculación No. 021399 del 11 de abril de 1994, efectivo a partir del 01 de mayo de 1994, AFP en la cual permanece vinculada (Pág. 26 a 27 archivo “18ContestacionColfondos”); *iv)* la demandante elevó solicitud a **COLFONDOS S.A.**, petición que fue negada (Pág. 52 archivo “01DemandaAnexos”); *v)* la demandante elevó solicitud a **COLPENSIONES**, petición que no fue negada (pág. 55 a 59 archivo “01DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, la Juez *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI sin descuentos y debidamente indexado, reactivó la afiliación en el RPM, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez y condenó en costas a **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A.** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

**- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de*

*libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

## **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la demandante, **COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación (Pág. 27 archivo “18ContestacionColfondos”), sin que la firma de este por la afiliada la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Llama la atención que la demandante era beneficiaria del régimen de transición pensional por edad al momento del traslado del RPM al RAIS, pese lo cual la AFP no acreditó haber informado a la afiliada que su decisión de traslado causaría la pérdida de tal beneficio, situación que conllevó que la demandante, pese tener más de 55 años y 1000 semanas cotizadas, no haya podido acceder a la pensión de vejez conforme las reglas consagradas en el Decreto 758 de 1990.

De igual forma, no pasa por alto esta Sala que la demandante en su interrogatorio manifestó que decidió trasladarse al RAIS porque se le informó que el ISS iba a desaparecer y que en el RAIS obtendría mejores beneficios (min. 40:18 archivo “27AudioAudiencia”); manifestaciones que no benefician a **COLFONDOS S.A.** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos de las demandadas, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Sin embargo, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que en el presente caso no se configuró la ineficacia de la afiliación sino del acto de traslado de régimen pensional, pues la afiliación corresponde al acto de incorporación permanente del trabajador al sistema general de pensiones conforme el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, mientras el traslado es un acto jurídico que se produce con posterioridad a la afiliación. Adicionalmente, la omisión en el cumplimiento del deber de información, que deriva en la ineficacia del acto, **se predica del trámite del traslado y no de la afiliación**; en otros términos, la ineficacia de la afiliación ocasionaría la exclusión del trabajador del sistema general de pensiones, en tanto la ineficacia del traslado de régimen pensional mantiene incólume su pertenencia al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP demandada de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la AFP demandada debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos



se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. En tal sentido, se confirmará esta condena.

También se confirmará la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las AFP demandadas deban reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

De otra parte, le asiste razón al apoderado de **COLPENSIONES** en su inconformidad frente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que se revocarán los numerales quinto y sexto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar establecer que el reconocimiento de la prestación se hará una vez se efectúe el traslado de las sumas ordenadas a la AFP demandada, momento a partir del cual **COLPENSIONES** procederá a definir los aspectos determinantes de la pensión de vejez, tales como IBL, tasa de remplazo, fecha de causación y exigibilidad, a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por el extremo pasivo, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo

de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la demandante **JEANNETTE MORALES GARCÍA** del RPM al RAIS con **COLFONDOS S.A.**, a través de formulario de afiliación No. No. 021399, efectivo a partir del 01 de mayo de 1994.

**SEGUNDO: REVOCAR** los **NUMERALES QUINTO Y SEXTO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **DISPONER** que el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante solo procede una vez se efectuó el traslado de las sumas ordenadas a **COLFONDOS S.A.**, momento a partir del cual **COLPENSIONES** procederá a definir los aspectos determinantes de la prestación tales como IBL, tasa de remplazo, fecha de causación y exigibilidad, a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

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

**SEXTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.  
**Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CÉCILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: JEANNETTE MORALES GARCIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

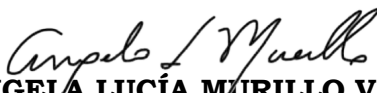
RADICACIÓN: 11001 31 05 010 2020 00435 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.17 2021 00486 01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por el **FONCEP** contra la sentencia del 30 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión sanción en cuantía de \$1.600.431 a partir del 25 de octubre de 2020, junto con el retroactivo indexado y costas procesales (*min. 24:53* archivo “14Audiencia30-05-2023(2)”).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**ECCEOMO VARGAS HEREDIA** llamó a juicio al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** con el fin de que se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión sanción a partir del 25 de octubre de 2020, indexación del IBC, retroactivo, intereses moratorios, ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 25 de octubre de 1960, prestó servicios como conductor en la Empresa Distrital de Servicios EDIS de Bogotá, mediante contrato de trabajo, desde el 25 de junio de 1981 hasta 04 de noviembre de 1992, cuando fue despedido de forma unilateral y sin justa causa; que el salario devengado en el último año de servicios fue de \$313.555; que presentó reclamación administrativa el 31 de mayo de 2021, la cual fue negada por el **FONCEP** en respuesta del 27 de agosto siguiente (pág. 4 a 10, archivo “02DemandaAnexos”).

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho de reconocimiento de la pensión sanción*, inexistencia del derecho solicitado en cuanto a la indexación de la mesada pensional y la innominada o genérica (pág. 3 a 11, archivo “04ContestaciónDemanda”).

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

(Min. 24:53 archivo “14Audiencia30-05-2023(2)”)

El 30 de mayo de 2023, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho al reconocimiento de una pensión sanción e inexistencia del derecho solicitado a la indexación de la mesada pensional, propuestas por el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP, de acuerdo con las consideraciones ya expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP a reconocer y pagar a favor del demandante, señor ECCEOMO VARGAS HEREDÍA, identificado con la cédula de ciudadanía 80.260.924, la pensión restringida de jubilación o pensión sanción, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, a partir del 25 de octubre de 2020, fecha en que cumple los 60 años de*

*edad, en cuantía inicial \$1'600.431, que corresponde a una tasa de reemplazo del 59.16%, aplicada a un ingreso base de liquidación establecido en la suma de \$2'705.259 lo anterior según las consideraciones analizadas en precedencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada FONCEP a pagar a favor del demandante las mesadas causadas entre el 25 de octubre de 2020 y el 30 de abril de 2023, que ascienden a \$61'354.571, valor del retroactivo pensional hasta esa fecha, y a partir de mayo de 2023, deberá pagar una mesada de \$1'942.936, valores que deberán ser indexados mes a mes, desde noviembre de 2020 y hasta el momento en que se produzca el pago por parte de la entidad obligada, según las consideraciones analizadas en precedencia. CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la entidad demandada. En firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$2'500.000.”*

Como sustento de la decisión el Juez indicó que el demandante estuvo vinculado con la extinta empresa de servicios públicos EDIS desde el 25 de junio de 1981 hasta el 04 de noviembre de 1992, teniendo como último promedio salarial la suma de \$309.268; que la terminación del contrato obedeció a una decisión unilateral de la entidad pero sin justa causa, por lo que resulta aplicable el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, motivo por el cual dispuso el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación a partir del 25 de octubre de 2020, fecha del cumplimiento de los 60 años de edad, en cuantía de \$1.600.431, teniendo como tasa de reemplazo el 59.16%, y sobre 14 mesadas al año, junto con el retroactivo debidamente indexado, autorizando los respectivos descuentos por aportes a salud.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del **FONCEP** presentó recurso de apelación. Adujo que la finalización del vínculo laboral ocurrió por la liquidación de la empresa de servicios públicos EDIS, como consecuencia de la modernización del Estado y la adecuación a los fines esenciales del mismo; que al demandante se le reconocieron todas las prestaciones legales al momento de la terminación del vínculo laboral y al mismo tiempo se le pagó la indemnización por cualquier tipo de despido

injustificado y, en virtud de ello, no sería compatibles el reconocimiento de la prestación alegada con los pagos ya efectuados por la entidad en el año de 1994 (*min. 27:44, archivo "14Audiencia30-05-2023(2)"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a resolver los aspectos planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si operó el fenómeno de cosa juzgada y, en caso negativo, establecer si el demandante cumple los requisitos para ser beneficiario de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes aspectos fácticos: **i) ECCEOMO VARGAS HEREDIA** nació el 25 de octubre de 1960 (*aceptado por la demandada en la contestación y se acredita con el documento obrante en la pág. 11, archivo "02DemandaAnexos"*); **ii)** y laboró como trabajador oficial al servicio de la extinta EDIS mediante contrato de trabajo desde el 25 de junio de 1981 hasta el 04 de noviembre de 1982, fecha en la cual su vinculación finalizó por decisión unilateral de la empresa, con derecho a pago de indemnización (*pág. 29 a 41 y 44, archivo "02DemandaAnexos"*).



- **Sobre la excepción de cosa juzgada.**

Resulta pertinente rememorar que el artículo 282 del Código General del Proceso, aplicable por remisión normativa que permite el artículo 145 del Código General del Proceso, establece que, en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Y que si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la cosa juzgada es una institución que, por perseguir los objetos de certeza y seguridad jurídica, así como puede ser alegada por la parte interesada desde el mismo umbral del proceso a través de las llamadas excepciones previas, también puede ser declarada oficiosamente, aún en la segunda instancia (CSJ SL rad. 39.366 de 2012, SL15814-2014, SL6097-2015, SL7889-2015 y SL12717-2016).

En tal sentido, para la Sala es relevante el anterior contexto en la medida en que, al existir un proceso anterior al inicio de esta causa, es oportuno estudiar si operó o no el fenómeno de cosa juzgada.

Al efecto, el artículo 303 del Código General del Proceso asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura se instituyó para evitar la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para que se predique el fenómeno de la cosa juzgada, debe existir entre ambos procesos identidad: (i) de personas o sujetos (*eadem personae*), de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida (*eadem res*), esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama (no el objeto material), y (iii) de causa de pedir (*eadem causa petendi*), es decir, el hecho material, que sirve de fundamento al derecho reclamado (CSJ SL 39366-2012, SL6097-2015 y SL470-2019, entre otras).

### **CASO CONCRETO**

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, una vez revisado el expediente, junto con la prueba incorporada con ocasión de lo ordenado en providencia del 18 de diciembre de 2013, la Sala concluye que en el presente asunto operó la excepción de cosa juzgada. En la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de septiembre de 2002, en el radicado 1999-00406, decisión confirmada por esta Corporación en providencia del 12 de diciembre de 2002 (*pág. 67 a 71 y 81 a 86, archivo “1. 1999-00406 Proceso digitalizado - folios 1 al 58”, enlace archivo “05LinkExpediente”, subcarpeta segunda instancia*) se absolvió a la demandada Santafé de Bogotá D.C. de todas las pretensiones, dada la inasistencia de la parte actora al proceso y la falencia probatoria. En dicho proceso la controversia principal giró en torno al reconocimiento de la pensión sanción contenida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, por los tiempos laborados al servicio de la Empresa Distrital de Servicios Públicos - EDIS.

Ahora bien, en el proceso que nos ocupa, la parte demandante solicita el reconocimiento de la pensión sanción con fundamento en la misma relación laboral que sostuvo con la extinta EDIS (*pág. 4 a 10, archivo “02DemandaAnexos”*).

De los textos referidos, resulta claro para la Sala que el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá zanjó la controversia relacionada con la pensión sanción prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, mismo aspecto que se reclama en este proceso y por ello es dable concluir que operó la excepción de cosa juzgada, pues se advierte la identidad de objeto, causa y partes entre este juicio y el tramitado en la sede judicial referida.

Y aunque en esta acción la demandada corresponda al Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones - FONCEP, este aspecto no desnaturaliza la configuración del medio exceptivo, por cuanto dicho Fondo asumió el reconocimiento y pago de las obligaciones pensionales, legales y convencionales de los servidores y exservidores públicos del Distrito Capital, entre otras, pensiones legales de jubilación o pensiones restringidas, en virtud de lo señalado en el artículo 65 del Acuerdo Distrital Acuerdo 257 de 2006 y los artículo 3º y 7º del Acuerdo 01 de 2007 de la Junta Directiva del FONCEP.

Por lo tanto, le correspondía a la parte demandante, además de acreditar los requisitos suficientes para acceder al derecho pensional, interponer los recursos pertinentes para que, en el expediente primigenio, se accediera a la prestación reclamada y, como no lo hizo, se infiere su conformidad con la decisión adoptada, entonces no procede reabrir dicho debate a través de una nueva acción ordinaria laboral para subsanar las falencias de defensa técnica que no se ejecutaron oportunamente, sin que se avizoren hechos o circunstancias nuevas que hicieran viable la interposición de la segunda demanda, lo que descarta la prosperidad de los pedimentos.

Y si bien el derecho pensional es imprescriptible, el proceso inicial precisamente lo que se discutía era la certeza de la existencia del derecho a la pensión sanción reclamada. Bajo ese escenario tampoco se podía reabrir un asunto decidido por autoridad judicial competente.

En consecuencia, fue desacertada la decisión del juez de primera instancia. Por tanto, en cumplimiento del artículo 282 del Código General del Proceso, se declarará probada la excepción de cosa juzgada, se revocará la sentencia y se absolverá a la demandada de todas las pretensiones.

Sin costas en las instancias.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** probada la excepción de cosa juzgada, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** de las pretensiones incoadas en su contra por **ECCEOMO VARGAS HEREDIA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en las instancias.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 19-2015-00775-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados y sustentados por los apoderados del **DEMANDANTE** y de las demandadas **ASESORES EN DERECHO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.** y **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2022, que ordenó a **COLPENSIONES** efectuar el cálculo actuarial, condenó a **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** a expedir el acto administrativo respectivo, a **FIDUPREVISORA** y subsidiariamente a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar el valor del cálculo actuarial, absolvió a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA** y a las **DEMANDADAS** de las demás pretensiones y condenó en costas a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, FIDUPREVISORA** y **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** (min. 1:36:43 archivo “22AudienciaArt.80CPT”)

## **I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 7 a 32 archivo “01Cuaderno1”)**

**JAIME ENRIQUE RÍOS LARA** llamó a juicio a **ASESORES EN DERECHO S.A.S., COLPENSIONES, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.,**

**MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. y, en consecuencia, se condene a **ASESORES EN DERECHO** a expedir o emitir el bono pensional o cálculo actuarial correspondiente al tiempo laborado, a la **FIDUPREVISORA** a pagar a **COLPENSIONES** dicho bono pensional para que sea tenido en cuenta en su historia laboral, perjuicios morales y materiales, intereses moratorios, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria, se condene a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, o en su defecto a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA**, a pagar a **COLPENSIONES** el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado.

Fundamentó sus pretensiones, en que ingresó a trabajar al servicio de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. desde el 01 de febrero de 1983 hasta el 04 de agosto de 1997 por medio de un contrato de trabajo a término indefinido, laborando un total de 745.14 semanas, que la empleadora FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. no efectuó los aportes pensionales del 01 de febrero de 1983 al 28 de agosto de 1990, por lo que no se tuvieron en cuenta 385.71 semanas cotizadas, que perteneció al sindicato UNIMAR, que durante ese tiempo que hizo parte de la organización sindical se decidió un conflicto colectivo por medio de laudo arbitral, determinando que las pensiones de jubilación de los trabajadores de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A. serán a cargo de la misma. Indicó, que el último cargo que desempeñó fue el de cocinero titular a bordo de los buques, devengando un salario mensual en promedio de US 1168.80 dólares americanos, que en pesos colombianos para la época equivalen a \$1.301.376,98. Aseguró, que se encuentra afiliado a **COLPENSIONES**, que cotizó 1.213 semanas con otras compañías y que radicó reclamación administrativa.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

El **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, su situación de liquidación y terminación y las acciones para la inclusión del cálculo actuarial de los trabajadores de la extinta FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de la obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva y la genérica (Pág. 1 a 28 archivo "08ContestacionHacienda").

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a que el demandante laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, el cargo y el salario que devengaba el demandante, la afiliación al ISS y las reclamaciones administrativas. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción y la genérica. (Archivo "09ContestacionColpensiones").

**ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandataria con representación de PANFLOTA, se opuso a las pretensiones, con excepción a la relacionada a la declaratoria de existencia de relación laboral entre el demandante y la FLOTA MERCANTE. Aceptó los hechos relativos a la existencia de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, su situación de liquidación y terminación, la afiliación del demandante a **COLPENSIONES** y la reclamación administrativa. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de inexistencia de la obligación para proteger el derecho amparado por la sentencia proferida por el consejo de estado, inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos I.V.M., prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, la genérica, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante (Archivo "11ContestacionAsesores").

**FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, su situación de liquidación y terminación y la reclamación administrativa. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y la genérica (Pág. 1 a 29 archivo”13ContestaFiduprevisora”).

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, como administradora del FONDO NACIONAL DE CAFÉ, se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA, su situación de liquidación y terminación. Expresó no constarle o no ser ciertos los demás hechos y formuló las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción y limite patrimonial de la responsabilidad subsidiaria (Pág. 2 a 25 archivo”03Cuaderno3”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:01:53 archivo “22AudienciaArt.80CPT”)**

El 09 de diciembre de 2022, el Juzgado (19) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a efectuar el cálculo actuarial, en favor del señor JAIME ENRIQUE RIOS LARA identificado con la cedula de ciudadanía No. 79.233.264, por las cotizaciones dejadas de efectuar por la Flota Mercante Gran Colombiana, entre el 01 de febrero de 1983 al 28 de agosto de 1990, teniendo en cuenta para la realización del referido cálculo actuarial el salario de \$665.070, conforme la parte motiva de esa providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ASESORES EN DERECHO S.A.S. en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, que proceda a expedir el acto administrativo o comunicación a que haya lugar, para que de acuerdo con el valor del cálculo actuarial del numeral anterior, se ordene el pago en favor de COLPENSIONES, conforme las consideraciones ya expuestas. TERCERO: CONDENAR a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.-FIDUPREVISORA en su condición de administradora y vocera del PAR PANFLOTA, a que dentro de los 10 días siguientes a la notificación del acto administrativo o comunicación expedida por ASESORES EN DERECHO S.A.S., ordene el pago y*



*procede a girar el valor del cálculo actuarial correspondiente a **COLPENSIONES**. CUARTO: CONDENAR en forma subsidiaria a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, a girar a **FIDUPREVISORA S.A.** como vocera del PAR PANFLOTA el valor del cálculo actuarial efectuado previamente por **COLPENSIONES**, conforme se indicó en los numerales anteriores de esta parte resolutive; para lo cual se le concede un término de 15 días, contados a partir de la comunicación que efectuó **COLPENSIONES**, acerca del valor del cálculo actuarial. QUINTO: ABSOLVER a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la parte demandante. SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con la parte motiva de la providencia. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, en favor del aquí demandante, Practíquese la liquidación por secretaria del juzgado (...)."*

La Juez *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** está obligado a expedir o emitir el pagaré o bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado para PANFLOTA, en consecuencia, que se condene a **FIDUPREVISORA S.A.** como vocera y administradora del patrimonio autónomo de PANFLOTA a pagar a **COLPENSIONES** dicho bono pensional para que esta última tenga en cuenta ese tiempo laborado en su historia laboral y finalmente, que se condene a las demandadas al pago de perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago del título pensional. De manera subsidiaria, establecer si es procedente la condena a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y controlante de la FLOTA MERCANTE a pagar a **COLPENSIONES** el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado a favor del demandante o en su defecto, condenar a la **NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA** a pagarle a **COLPENSIONES** el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en favor del aquí demandante.

Para resolver, indicó que si bien en un comienzo estuvo a cargo del empleador todo lo relacionado con la materia pensional, posteriormente con el régimen de transición, se fue subrogando el riesgo en la medida que el cubrimiento se extendía a los diferentes lugares de las

prestaciones de servicios, ello con el objeto que dicha carga prestacional fuera asumida por el mismo ISS, de modo que las prestaciones patronales continuaban a cargo de los empleadores obligados mientras los riesgos de invalidez, vejez y muerte fueran asumidos por el ISS, de suerte que el grado de responsabilidad del empleador en ese aspecto, así como la determinación del régimen aplicable, depende de la zona geográfica en la que se encontrara el contrato de trabajo, pues al no existir una cobertura de una región por no haberse llamado a la inscripción no sería viable hablar de un incumplimiento u omisión del empleador; no obstante, en los lapsos de no afiliación, los empleadores a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores por cuanto respecto de ellos se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades, por lo que el empleador que no afilió a su trabajador al sistema de seguridad social debido a la falta de cobertura del ISS, debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de pensión de vejez, lo anterior, en razón a que dicha reserva actuarial tiene por objetivo cubrir los periodos no cotizados integrando el capital que se requiere para que el sistema de seguridad social reconozca y pague la pensión de vejez.

Continuó señalando, que en el caso bajo estudio no existe discusión sobre la existencia de la relación laboral entre el demandante y la extinta FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. cuyos extremos son entre el 01 de febrero de 1983 al 04 de agosto de 1997, que el demandante pertenecía al sindicato Unión de Trabajadores de la Industria de Transporte Marítimo y Fluvial – UNIMAR y que el empleador no cotizó durante el periodo del 01 de febrero de 1983 al 28 de agosto de 1990, por lo que procede el pago del cálculo actuarial.

Sobre el salario base de liquidación para el pago de dicho cálculo actuarial, dijo que como se acreditó que el demandante pertenecía al sindicato UNIMAR, de acuerdo al Decreto 1887 de 1994 el cálculo actuarial debe ser realizado con el último salario devengado al momento del retiro, indicando que el salario promedio devengado fue de 1.674

dólares, que al aplicarle la tasa de remplazo vigente para agosto de 1990, arroja un salario de \$843.696; no obstante, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 2610 de 1989, norma vigente para 1990, que estableció que el tope máximo para cotización de la época era de \$665.070, por lo que esa suma debe ser la usada como salario base para la elaboración de la correspondiente liquidación del cálculo actuarial.

Por otro lado, señaló que **FIDUPREVISORA** como vocera y administradora de PANFLOTA tiene la responsabilidad de pagar el cálculo de conformidad al contrato de fiducia mercantil y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** administradora del FONDO NACIONAL DE CAFÉ debe responder de manera subsidiaria.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presenta recurso de apelación parcial, argumentando que el salario realmente devengado por el demandante al momento de la terminación del contrato era de \$843.266 pesos, por lo que el cálculo actuarial se debe hacer con base en ese valor, sin que sea posible imponer algún tope, pues el cálculo actuarial conforme al Decreto 1887 de 1994 debe hacerse con el último salario devengado, teniendo en cuenta todos los factores constitutivos de salario. Asimismo, pide que no se absuelva al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** hasta tanto se cumpla con la obligación, en razón a que está probado que es el dueño de la FLOTA MERCANTE (min. 1:39:55 archivo “22AudienciaArt.80CPT”).

El apoderado de **FIDUPREVISORA S.A.** interpone recurso de apelación, considerando que el fideicomiso fue creado para la terminación del proceso liquidatorio de la Flota y no para suceder en las obligaciones a la sociedad liquidada, por lo que cualquier obligación le corresponde a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en consecuencia, pide se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, incluyendo la condena en costas en la medida que estas proceden si el demandante prueba que las

mismas se hayan causado (min. 1:46:06 archivo “22AudienciaArt.80CPT”).

La apoderada de **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** interpone recurso de apelación parcial en lo que respecta a la condena en costas, aduciendo que esa sociedad no intervino en la omisión en la afiliación a sus trabajadores a seguridad social por parte de la FLOTA MERCANTE, ni tampoco ha habido una mala fe, ni una negativa caprichosa de la mandataria con representación en el cumplimiento de las funciones contenidas en el mandato (min. 1:50:47 archivo “22AudienciaArt.80CPT”).

Por último, el apoderado de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** interpone recurso de apelación, tras considerar que el fallador de primera instancia no abordó la eventual configuración de la cosa juzgada, por lo que pide sean revisadas las circunstancias de la configuración de este fenómeno jurídico, la que incluso pudo haber sido decretada de oficio, ya que el Consejo de Estado el 07 de mayo de 2015 profirió decisión de tutela en donde se emitieron órdenes tendientes a la liquidación y pago de un título pensional en favor del demandante en razón a los servicios prestados en favor de la FLOTA MERCANTE, por lo que el propósito de este proceso ordinario ya se encuentra satisfecho por vía de las órdenes emitidas en la Jurisdicción Constitucional, y si bien la orden fue proferida con carácter transitorio, la misma implicó acciones que surtieron a la vida jurídica con carácter permanente y que cobraron plenos efectos como lo fue la transferencia por parte de su representada de la suma de \$63.466.105 en favor de **FIDUPREVISORA** por concepto de título pensional reconocido por vía de tutela del demandante, transferencia que se realizó el 25 de agosto de 2016. Por otro lado, pide que se estudie el esfuerzo probatorio de la **FEDERACIÓN** para desvirtuar los elementos de la institución jurídica de la responsabilidad subsidiaria. Agregó, que en este caso no procede el cálculo actuarial ordenado, por cuanto ni la Ley 90 de 1946, ni otra disposición concordante imponía obligación alguna a los ex empleadores y el pago del cálculo actuarial no se aplica de manera automática. Solicita que en caso de confirmarse la sentencia, se modifiquen las

condenas impuestas a la **FEDERACIÓN**, autorizando el descuento del porcentaje de cotización aplicable al trabajador, así como el salario base de cotización, el cual debe ser el salario mínimo de la época de prestación del servicio, o el salario básico del demandante sin la inclusión de factores no salariales, o el devengado en cada uno de los periodos, pues la Juez tuvo en cuenta el salario del año 1997 cuando el cálculo data del año 1990. Por último, señaló que no procede la condena en costas (min. 1:53:15 archivo “22AudienciaArt.80CPT”).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma CAL&NAF apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Lilian Patricia García González, identificada con CC 52.199.648 y TP 187.952 del CSJ, a quien se le reconoce para actuar en tal calidad y en su escrito de alegatos solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos del recurso de apelación.

El apoderado de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** pidió la revocatoria integral de la sentencia y en su lugar, absolver a su representada de todas las condenas impuestas en su contra.

Por su parte, el apoderado del **DEMANDANTE** pidió la modificación de la sentencia en cuanto al salario para la elaboración del cálculo actuarial y a la responsabilidad de todas las demandadas.

Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y lo que no el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello, le corresponde a la Sala determinar: **i)** la procedencia de la excepción de cosa juzgada, **ii)** si hay lugar a ordenar el pago del cálculo actuarial que pide el demandante, y de ser así, verificar el salario base para la liquidación del mismo, quién tiene a cargo su pago y en qué porcentaje, **iii)** analizar la responsabilidad de la **FIDUPREVISORA S.A.**, de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** y de la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, **iv)** si hay lugar a imponer condena en costas.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia sobre los siguientes supuestos fácticos: **i)** demandante **JAIME ENRIQUE RÍOS LARA** prestó sus servicios a la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA desde el 01 de febrero de 1983 hasta el 04 de agosto de 1997; **ii)** el último cargo desempeñado por el actor fue el de Segundo cocinero (Pág. 22 a 26 archivo “02Cuaderno2” y Pág. 393 a 396 archivo “14.HojadeVidaFIDUPREVISORA”); **iii)** el demandante comenzó a cotizar en **COLPENSIONES** desde el 29 de agosto de 1990.

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* ordenó a **COLPENSIONES** efectuar el cálculo actuarial, condenó a **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** a expedir el acto administrativo respectivo, a **FIDUPREVISORA** y subsidiariamente a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar el valor del cálculo actuarial,

absolvió a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA** y a las **DEMANDADAS** de las demás pretensiones y condenó en costas a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, FIDUPREVISORA** y **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** Contra la anterior decisión, la parte **DEMANDANTE** y las demandadas **ASESORES EN DERECHO, FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. – FIDUPREVISORA S.A.** y **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Excepción de cosa juzgada.**

El artículo 303 CGP asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura fue instituida con el fin de evitar la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

Con fundamento en el anterior referente, se advierte que la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** aduce la existencia de cosa juzgada fundada en las decisiones emitidas en primera y segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección C y el H. Consejo de Estado Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, respectivamente, dentro de la acción de tutela instaurada por el demandante, indicando el recurrente que en la acción constitucional el juez constitucional concedió el amparo con carácter transitorio.

Lo anterior, cobra cardinal importancia en las resultas del caso, en tanto en palabras de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral *“la orden transitoria contenida en el fallo de tutela, sujeta al control judicial de la justicia ordinaria, no surte los efectos de cosa juzgada hasta tanto sea*

*objeto de decisión definitiva por parte del juez competente” (sentencia CSJ SL15882-2017)<sup>1</sup>.*

Así las cosas, en el caso bajo estudio no es posible definir la declaratoria de la excepción de cosa juzgada.

**- Procedencia del cálculo actuarial.**

El Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año concretamente en su artículo 1º estableció la obligatoriedad de afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los trabajadores que presten sus servicios en empresas del sector oficial siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal, obligación ésta que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

Ahora, en tratándose del personal que labora en las empresas y agencias de transporte marítimo, mediante Resolución 03296 del 2 de agosto de 1990, se fijó el 15 de agosto de 1990 como fecha de inscripción de dichos trabajadores para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

---

<sup>1</sup> *“Finalmente, no está por demás señalar que la circunstancia de que la Corte Suprema de Justicia sea respetuosa del instituto de la cosa juzgada constitucional y de las sentencias dictadas por otras jurisdicciones, no significa, de suyo, que en todos los casos, esta comparta los planteamientos jurídicos de los jueces de tutela. En su calidad de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (art. 234 CP), esta Corporación tiene autonomía e independencia en la construcción de la doctrina laboral y la interpretación con autoridad, de las normas que componen el Derecho del Trabajo.*

*Dicho lo anterior, la Sala advierte que en el sub examine no se discute que mediante sentencia de tutela del 8 de junio de 2007, el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal Municipal con función de garantías tuteló los derechos fundamentales de Luis Alfonso Lozano Ospina y, como consecuencia de ello, ordenó a Citibank-Colombia efectivizar el pago actualizado de la mesada pensional. Lo anterior con la precisión de que «las diferencias pensionales reliquidadas con anterioridad al mes de octubre de 2006, deben ser objeto de controversia a verificarse por la Jurisdicción ordinaria laboral».*

*Así pues, el fallo de tutela contiene dos órdenes, una definitiva de indexar o efectivizar el pago actualizado de la primera mesada pensional, y otra sujeta al control judicial de la justicia ordinaria, a la cual se difirió resolver, con efectos concluyentes, si el actor tiene derecho a las diferencias pensionales causadas entre la fecha del reconocimiento pensional y octubre de 2006.*

*La primera de estas órdenes, conforme se expuso en líneas precedentes, hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, comoquiera que no fue impugnada ni seleccionada para revisión por la Corte Constitucional, además que contiene un mandato definitivo. La segunda, no surte los efectos de la res judicata habida cuenta que, precisamente, quien debe cerrar el debate sobre el derecho a las diferencias pensionales retroactivas es esta jurisdicción.”*



Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en dichas empresas que sean anteriores al 15 de agosto de 1990 en virtud de la Resolución en comento, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador.

No obstante, el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los patronos de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación. Lo anterior, encuentra sustento en las sentencias de tutela de la H. Corte Constitucional T-784 de 2010, T-712 de 2011 y T-770/13<sup>2</sup>, e igualmente en lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 16 de julio de 2014, radicación N° 41745 (SL9856-2014) y copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad, providencias en las cuales la Corporación dispuso la responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales, máxime cuando se tratan de períodos en que aquellos riesgos estaban a su cargo y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente (SL5790-2014, SL4072-2017, SL14215-2017, SL1342-2019, SL5109-2019, SL1551-2021, entre otras).

Conforme a ello, es claro que así la afiliación de los trabajadores de las empresas y agencias de transporte marítimo fuera obligatoria desde el 15 de agosto de 1990, tales compañías estaban en la obligación de

---

<sup>2</sup> “la Sala Plena de la Corte Constitucional, en reciente providencia (C-258 de 2013), sostuvo, al explicar el desarrollo histórico de la seguridad social en nuestro país, que la Ley 90 de 1946 “creó la obligación en cabeza de las empresas de realizar la provisión correspondiente de la pensión de cada trabajador para que ésta fuera entregada al Instituto de Seguros Sociales cuando se asumiera por parte de éste su pago”.

“...por lo tanto luego de analizar estos conceptos del desarrollo histórico y normativo de la seguridad social en pensiones, se concluyó por parte de la Corte que todo empleador particular, cualquiera fuese su capital, debe responder por las cotizaciones a pensiones de sus trabajadores causadas por los servicios prestados desde 1946, independientemente de la entrada en funcionamiento del I.S.S. y en respuesta al deber de aprovisionamiento dispuesto legalmente.”

hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos, como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comento.

En este asunto, como el demandante laboró al servicio de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE del 01 de febrero de 1983 hasta el 04 de agosto de 1997, y a partir del 29 de agosto de 1990 fue afiliado al ISS, se tiene que entre el 01 de febrero de 1983 hasta el 28 de agosto de 1990 la empresa no efectuó cotización alguna en pensiones bajo el entendido que no estaba en la obligación de hacerlo; no obstante, bajo el lineamiento normativo y jurisprudencial citado en esta sentencia, es claro que el empleador debe responder por el cálculo actuarial correspondiente a los periodos en los que la prestación del servicio estuvo a su cargo, pese a que no tuviera la obligación de afiliar a su trabajador al ISS, por cuanto debía tener los aprovisionamientos exigidos legalmente.

Conforme a lo anterior, sobre las demandadas recae la responsabilidad por lo aportes correspondiente al tiempo laborado por el demandante entre el 01 de febrero de 1983 hasta el 28 de agosto de 1990, que de ninguna manera pueden ser desconocidos para su disfrute pensional, toda vez que los periodos deben ser computados a través de cálculo actuarial, siendo este un derecho irrenunciable e imprescriptible, no pudiendo el empleador beneficiarse o exonerarse de dicho pago.

Precisa la Sala, para responder a uno de los argumentos de apelación planteado por el apoderado de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, que la aplicación del precedente jurisprudencial antes citado no implica la aplicación retroactiva de las normas, pues desde la Ley 90 de 1946 se definió para los empleadores la obligación de hacer las provisiones necesarias para el cubrimiento de las pensiones de sus trabajadores o para una subrogación posterior del riesgo de invalidez, vejez y muerte; luego, aun cuando no existía la obligación de afiliación, si estaba la de hacer las provisiones para cubrir o financiar el futuro derecho pensional en proporción del tiempo servido por un trabajador.

Cabe resaltar que, no es procedente ordenar el simple pago de las cotizaciones en el porcentaje que correspondía al empleador, junto con el interés causado, pues al efecto, la Ley 100 de 1993 reguló de manera clara la forma cómo subsana la omisión de afiliación a un trabajador en el Sistema de Pensiones, lo que tampoco puede entenderse como aplicación retroactiva de la norma, pues el derecho a las prestaciones del sistema y la causación de las mismas, se rigen por las normas vigentes al momento de la causación del respectivo derecho, y es por ello que a cada uno de los aportes que ayudan a la conformación de este derecho en favor de un afiliado, debe dársele el trato que establece tal disposición, en este caso específico la referida a la obligación del pago del cálculo actuarial generado por los aportes dejados de realizar.

De otro lado, con respecto al siguiente punto de apelación planteado en la apelación por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, referido a que solo debe ordenarse el cálculo actuarial en la proporción de la cotización correspondiente al empleador, en principio dicha alegación estaría fundada, como quiera que los afiliados al Instituto de Seguros Sociales desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, tenían a su cargo la obligación de asumir un porcentaje de la cotización para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. No obstante, este aspecto ya ha sido descantando por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha precisado que de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 es el empleador quien debe trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente, representado a través de un bono o título pensional, sin que el trabajador esté llamado a contribuir de alguna manera en el pago de estos dineros (SL3154-2022, SL3847-2022 y SL1493-2023, entre otras).

En consecuencia, el pago del cálculo actuarial con ocasión de la falta de afiliación del trabajador al ISS corresponderá en un todo al empleador, sin que sea posible exigir contribución alguna al accionante, por lo que esta decisión también será confirmada.

**- Salario base de liquidación.**

A efectos de responder a la inconformidad presentada tanto por la

parte demandante como por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**, relativa al salario definido por la Juez de primera instancia, en primer lugar, se tiene en cuenta que la norma aplicable al caso de autos no es otra que el Parágrafo del artículo 4° del Decreto 1887 de 1994.

En segundo lugar, la Sala se remite a las documentales que reposan en la hoja de vida del demandante (archivos "02Cuaderno2" y "14.HojadeVidaFIDUPREVISORA"), las cuales acreditan que además del sueldo básico, el señor **JAIRO ENRIQUE RÍOS** devengó diferentes conceptos, tales como, prima de antigüedad, sobre remuneración, horas extras, alimentación y alojamiento, dominicales, trabajo nocturno y viáticos, los que deben tener connotación salarial según lo dispuesto en el artículo 127 CST.

Lo anterior, porque el demandante logró acreditar que dichos pagos fueron percibidos de forma constante y estaban destinados a retribuir las labores por él ejecutadas, de forma tal que, el empleador debía demostrar que tales erogaciones no tenían la habitualidad presentada o estaban destinados a un objetivo diferente, ya que de lo contrario, como sucedió en el presente asunto, le corresponde asumir las consecuencias jurídicas y económicas que se generan frente a una erogación de naturaleza salarial.

Es importante resaltar, que dicha postura se encuentra hilada a recientes pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo las sentencias CSJ SL986-2021, SL1889-2021 y SL3345 de 2022<sup>3</sup>, entre otras, en las cuales la Alta Corte resolvió casos de similares

---

<sup>3</sup> "Así, le corresponde a la Corte definir si el colegiado se equivocó al definir el monto sobre el cual se ordenaría el cálculo actuarial

Para resolver, es importante aclarar que, aunque el Tribunal sí determinó que se debían tener en cuenta todos los salarios devengados en el último año de servicios, incluyendo allí, además del básico, «las primas legales y extralegales, las horas extras dominicales y festivos alimentación y viáticos», lo cierto es que al momento de hacer la sumatoria, solo tuvo en cuenta el sueldo, la prima de antigüedad, y las horas extras, soslayando que en las páginas 5 a 20, 33, 188, 189, 209, 216, 222, 227, 228, 229, 259, 279, del CD que se encuentra en el folio 910 del expediente, contentivo de la hoja de vida del causante, aparecen los comprobantes en los que consta que, además del sueldo básico, de la prima de antigüedad, y de las horas extras, al demandante también le cancelaron los siguientes rubros: «sobrerrem. dominicales y feriados», trabajo de mantenimiento y ayuda operacional, recargo por trabajo nocturno, y la alimentación y alojamiento, pagos que se hicieron en forma habitual.

características, concluyéndose de dichas providencias que la liquidación del cálculo actuarial debe realizarse de acuerdo a los salarios devengados durante el periodo en el cual se omitió el respectivo aporte, con la inclusión de los rubros cancelados como contraprestación directa a la actividad desplegada por el ex trabajador.

En esa medida, se adicionará el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar a la **FIDUPREVISORA S.A.** expedir y remitir a **COLPENSIONES** certificación sobre el salario devengado por el demandante durante el tiempo laborado a favor de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 01 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1990, y una vez recibido dicho documento, **COLPENSIONES** deberá liquidar el cálculo actuarial, para lo cual deberá tener en cuenta lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, un salario de referencia constituido por el sueldo básico y los conceptos denominados prima de antigüedad, sobre remuneración, horas extras, alimentación y alojamiento, dominicales, trabajo nocturno y viáticos y que no se podrán exceder los topes legales vigentes para dicha época, ni para la liquidación del cálculo actuarial ni para la actualización de la historia laboral.

Además de lo anterior, y en vista de que la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** aduce que en cumplimiento al fallo de tutela, realizó la transferencia a la **FIDUPREVISORA** de los valores que determinó **COLPENSIONES** por concepto del cálculo actuarial que a través de ese mecanismo constitucional obtuvo el demandante por el tiempo de servicio laborado para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA S.A., la Administradora de Pensiones deberá verificar si la cuantía determinada en el título pensional que en su momento elaboró, incluyó los emolumentos antes señalados.

**- Responsabilidad de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS.**

---

*Por lo tanto, para restarle la incidencia salarial a tales emolumentos, independientemente de la denominación que tuvieran, era necesario que el empleador demostrara que su finalidad no era la retribución directa del servicio prestado por el trabajador, sino la de contribuir a aquellas labores desarrolladas por él se pudiesen prestar de una forma más eficiente (CSJ SL986-2021)."*

Definido lo anterior, pasa el Tribunal a estudiar si en este proceso se demostraron o no las condiciones que la ley define para deducir responsabilidad subsidiaria en la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, sobre las obligaciones pensionales definidas a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A- CIFM. Para este efecto la Sala seguirá el derrotero trazado por la Corte Constitucional en el estudio que hizo en la sentencia SU-1023 de 2001.

En esta providencia –a cuyo contenido se remite la Sala - se definió en resumen lo siguiente: **i)** que la sociedad anónima COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. CIFM fue adquirida en un 80% por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** con cargo a unos recursos del FONDO NACIONAL DE CAFÉ, y que los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ son recursos parafiscales; **ii)** que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A-CIFM ingresó a proceso judicial de liquidación obligatoria desde el 31 de julio de 2000 y dicho proceso se regula por lo dispuesto en la Ley 222 de 1995; **iii)** que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación, tiene el carácter de sociedad subordinada respecto de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** como matriz o controlante; **iv)** que por esta razón sobre la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** opera la presunción de responsabilidad subsidiaria que dispone el Parágrafo único del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, norma según la cual se presume culpa de la sociedad matriz o controlante en el estado de insolvencia o liquidación de las sociedades que le son subordinadas. Sin embargo, y dado que se trata de una presunción de hecho o legal y no de derecho, bien puede la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** excluir su responsabilidad probando, en cada proceso, que la situación de insolvencia de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.- CIFM no le es imputable; y **v)** finalmente dice la sentencia SU-1023 de 2001, que no obstante la naturaleza parafiscal de los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, *estos sí pueden destinarse al pago* de las pensiones a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE -CIFM.

Ahora, la presunción de responsabilidad o lo que ha llamado la doctrina “*responsabilidad presunta*” establecida en el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, permite en el caso presente, partir de la base que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, fue causada como consecuencia de la subordinación que la vincula a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, por lo que las obligaciones de la sociedad en liquidación obligatoria deben ser asumidas por la sociedad matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de desvirtuar a través de los medios probatorios permitidos en la ley su inocencia en el tema de la insolvencia de la sociedad controlada o subordinada, carga probatoria que se encuentra completamente ausente en las diligencias, permitiendo a esta Sala de Decisión, una vez establecida la situación de control, el cual no fue objeto de apelación, irrogarle la responsabilidad subsidiaria por las obligaciones derivadas del asunto de autos.

Así las cosas, queda definida la responsabilidad subsidiaria de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** en calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ sobre las obligaciones pensionales a cargo de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE y, por ende, procedía la condena que se impuso en primera instancia por los derechos laborales que se causaron en favor de **JAIME ENRIQUE RÍOS**.

**- Responsabilidad de FIDUPREVISORA.**

Frente al argumento de la apelación planteado por la **FIDUPREVISORA**, quien aduce que la obligación aquí definida se encuentra a cargo de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** y no de PANFLOTA, resulta oportuno señalar, que a través del Contrato de Fiducia Mercantil de Administración y Fuente de Pagos 3-1-0138 celebrado el 14 de febrero de 2006, la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE constituyó el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA, cuyo objeto es la administración de tales recursos por parte de la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., y su destinación al pago de las mesadas

pensionales a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES. (Pág. 45 a 61 archivo “13ContestacionFiduprevisora”).

Adicionalmente, dicho objeto fue modificado por el Otrosí No. 1, en cuanto señaló que dicho Patrimonio Autónomo también estaría destinado al pago de aportes de salud a las EPS. (Pág. 62 a 76 archivo “13ContestacionFiduprevisora”).

De lo anterior, se establece que la finalidad de dicho contrato es la administración de los recursos y la destinación de los mismos al pago de las mesadas pensionales y al pago de los aportes a las EPS a cargo de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN y, en ese orden de ideas, se concluye que le asiste razón al recurrente en tanto el objeto contractual no incluye el pago del cálculo actuarial ordenado por la Juez de primera instancia.

De tal manera, la condena irrogada por el *a quo*, desborda el objeto estipulado en el contrato de fiducia mencionado, máxime cuando no se puede perder de vista que la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, en virtud de la responsabilidad subsidiaria, al ser la controlante o matriz de la FLOTA MERCANTE, es la llamada a responder por la condena impuesta, tal y como se dispuso en la sentencia SU-1023 de 2001.

En esa medida, se revocará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver a la **FIDUPREVISORA** de la condena allí impuesta.

**- Responsabilidad de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

En relación con el punto de inconformidad expuesto por la parte demandante, referido a que la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** debe responder por las condenas en caso de que los recursos de PANFLOTA y el **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ** no sean suficientes, se remite nuevamente la Sala al contenido de lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia SU 1023 de 2001, en la cual señaló al punto:



*“Encuentra la Corte que no es necesario el voto favorable del Ministro de Hacienda y Crédito Público para que la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café dé cumplimiento a las órdenes que se imparten en esta sentencia, por cuanto la condición de procedencia consagrada en este sentido en la Cláusula Octava, literal k) del contrato de administración, se refiere a las inversiones permanentes que efectúe la Federación Nacional de Cafeteros con cargo a recursos del Fondo Nacional del Café, en circunstancias distintas de aquellas que se derivan del cumplimiento de una orden judicial como la que contiene esta providencia.”*

De conformidad con lo anterior, y atendiendo a que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE nunca fue calificada como entidad pública, ni integró la estructura de la administración pública, tampoco realizó aportes para pensiones a sus trabajadores, no encuentra la Sala razón alguna para que la Nación deba responder por sus obligaciones ni siquiera de manera subsidiaria, pues como se estableció en esta sentencia, el cálculo actuarial debe ser asumido por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** con los recursos que destine provenientes del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ administrado por la mencionada Federación. En consecuencia, no hay lugar a revocar el fallo apelado en este aspecto.

**- Condena en costas en primera instancia.**

Respecto del recurso de apelación presentado contra la condena en costas, se indica que el artículo 365 CPT, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que la Juez de primera instancia las encontró causadas respecto de las demandadas hay lugar a confirmar la decisión de primera instancia respecto de las condenadas, salvo las dirigidas a **FIDUPREVISORA**. En todo caso, se advierte que el monto reconocido solo puede ser controvertible en la etapa regulada en el numeral 5° del artículo 366 del CGP.

De esta manera se agota la competencia de la Sala por el estudio de los aspectos apelados por las demandadas y del grado jurisdiccional de consulta, y lo que se sigue es la modificación de la sentencia de primera instancia, en los términos anteriormente expuestos.

Las costas de primera instancia serán a cargo de **ASESORES EN DERECHO S.A.** y **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS**. Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, 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, en el sentido de ordenar a la **FIDUPREVISORA S.A.** en su condición de administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, expedir y remitir a **COLPENSIONES** certificación sobre el salario devengado por el demandante **JAIME ENRIQUE RÍOS LARA** durante el tiempo laborado a favor de la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 01 de febrero de 1983 y el 28 de agosto de 1990, y una vez recibido dicho documento, **COLPENSIONES** deberá liquidar el respectivo cálculo actuarial, para lo cual deberá tener en cuenta: **i)** lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, **ii)** un salario de referencia constituido por el sueldo básico y los conceptos denominados prima de antigüedad, sobre remuneración, horas extras, alimentación y alojamiento, dominicales, trabajo nocturno y viáticos, **iii)** que no se podrán exceder los topes legales vigentes para dicha época, ni para la liquidación del cálculo actuarial ni para la actualización de la historia laboral y **iv)** verificar si la cuantía determinada en el título pensional pagado por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en virtud a la acción de tutela instaurada por el actor, incluyó los emolumentos antes señalados.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a **FIDUPREVISORA**

**S.A.** de la condena impuesta, conforme la parte motiva de esta providencia.

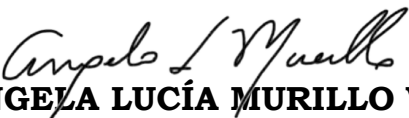
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**CUARTO: COSTAS** en primera instancia a cargo de **ASESORES EN DERECHO S.A.** y **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS. SIN COSTAS** en esta instancia.

**QUINTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.21-2022-00163-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve el recurso de apelación presentado por **PORVENIR** contra la sentencia del 30 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró que la **AFP** no cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen pensional y la condenó a reconocer y pagar a título de indemnización de perjuicios la diferencia de la mesada que le hubiera correspondido al demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM , causada a partir del 1° de febrero de 2020, junto con el retroactivo, indexado, y absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones (*min.31:55, enlace archivo “32ActaAudiencia20230530”*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**LUIS RODRIGO ARCE SANCHEZ** llamó a juicio a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS y, en consecuencia, se ordene a la AFP retornarlo al RPM junto con todos los

valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, y a **COLPENSIONES** a recibirlo sin solución de continuidad y a reconocer la pensión de vejez, intereses moratorios, indexación ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita que se declare que **PORVENIR** incumplió con su deber de información en el momento del traslado y por tanto, que se condene a la indemnización total de perjuicios representado en las diferencias de las mesadas pensionales entre la que hubiera obtenido de estar pensionado con **COLPENSIONES**, desde que cumplió requisitos y hasta la fecha que se dicte el fallo judicial o el reconocimiento de una pensión complementaria y/o adicional de forma vitalicia, retroactivo, intereses de mora e indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 03 de febrero de 1957, cumpliendo los 62 años de edad el 03 de febrero de 2019; estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales – ISS desde el 04 de marzo de 1980 al 21 de diciembre de 1994, donde cotizó 685.71 semanas; que en abril de 1994 cuando laboraba al servicio de la empresa ALMA VIVA llegaron los asesores de **PORVENIR** ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener en el RPM, por lo que se vio persuadido a realizar el traslado de régimen pensional; que la AFP no le informó el capital que debía acumular y los requisitos necesarios para pensionarse, tampoco la comparación y los efectos de cada uno de los regímenes pensionales; que al cumplir la edad de pensión se acercó al fondo de pensiones, momento en el cual descubrió el engaño, al no dársele una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, por lo que no tuvo más alternativa que aceptar la mesada ofrecida por la AFP en la suma de \$1.009.775 a partir de febrero de 2020.

Señaló que el 15 de diciembre de 2021 radicó petición ante **PORVENIR** solicitando la ineficacia del traslado de régimen pensional y/o la indemnización por perjuicios, la cual fue negada en oficio del 03 de enero de 2022; simultáneamente, el día 15 de diciembre de 2021

presentó reclamación similar ante **COLPENSIONES**, petición negada al día siguiente; que si se hubiera pensionado con **COLPENSIONES** tendría una mesada equivalente a la suma de \$2.162.681; por tal razón, considera que se encuentra materializado el daño dado que la pensión se disminuyó en un 50% de sus ingresos habituales (pág. 05 a 27, archivo “01DemandaAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló la excepción previa de *falta de competencia de la especialidad laboral para conocer de este asunto* y como de mérito las excepciones de *prescripción*; prescripción de obligaciones de tracto sucesivo; inexistencia del daño o perjuicio; buena fe; enriquecimiento sin causa; inexistencia de la obligación; compensación; pago; desconocimiento de los propios actos; ratificación de los actos jurídicos; restituciones mutuas y la innominada o genérica (pág. 2 a 52, archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación al ISS, las semanas cotizadas, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta, expresó que los demás hechos no le constaban y propuso como previa la excepción de *falta de competencia* y como de mérito las excepciones de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*; precedente jurisprudencial de nulidad de traslado de personas que se encuentra pensionadas en el RAIS; 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 (pág. 03 a 55, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 31:55, archivo "32ActaAudiencia20230530")

El 30 de mayo de 2023, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** que **PORVENIR S.A.** no cumplió con su deber de información al darse el traslado del señor **LUIS RODRIGO ARCE SÁNCHEZ** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual realizado el **22 de abril de 1994**, con fecha de efectividad del 1° de mayo de la misma anualidad, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a reconocer y pagar al señor **LUIS RODRIGO ARCE SÁNCHEZ**, a título de indemnización de perjuicios, la diferencia de las mesadas causadas desde el 1° de febrero de 2020 hasta el 30 de abril de 2023, suma que asciende al valor de \$43.875.904 y a partir del 1° de mayo de 2023, deberá cancelar una mesada pensional por valor de \$2.435.994, la cual en lo sucesivo se incrementará anualmente conforme con el reajuste que fije el Gobierno Nacional y sobre 13 mesadas pensionales. **TERCERO: CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** al reconocimiento y pago de la indexación o corrección monetaria, desde la causación de cada diferencia pensional hasta el momento efectivo en que se produzca su pago. **CUARTO: ABSOLVER** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** así como a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor **LUIS RODRIGO ARCE SÁNCHEZ**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO: DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida propuesta por Colpensiones y no probadas las demás. **SEXTO: CONDENAR** en **COSTAS DE ESTA INSTANCIA** a **PORVENIR S.A.** y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. **SIN COSTAS** contra **COLPENSIONES**”.

Como sustento de la decisión, la Juez indicó que la obligación de brindar información está estipulada desde el comienzo mismo del funcionamiento del sistema general de pensiones, por lo tanto las administradoras han tenido el deber de informar con transparencia a los afiliados y a quienes potencialmente puedan serlo respecto de todos los aspectos técnicos inherentes a los regímenes pensionales existentes, teniendo las AFP la carga de la prueba de demostrar que cumplieron esa obligación, aspecto que no encontró demostrado para el caso del demandante pues no hay prueba que acredite que al momento del traslado se le dio una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible del funcionamiento de ambos regímenes pensionales. Sin

embargo, advirtió que al tener el accionante la calidad de pensionado no es posible declarar la ineficacia del traslado.

Frente a la indemnización de perjuicios sostuvo que es procedente en la medida en que **PORVENIR** privó al actor de la oportunidad de pensionarse con mejores condiciones en el RPM, pues de haber continuado en ese régimen hubiera obtenido una mesada pensional de \$2.006.569, por lo que esa diferencia constituye prueba de un daño cierto. Por tal motivo, a título de indemnización de perjuicios condenó al pago de las diferencias pensionales causadas a partir del 1° de febrero de 2020 de forma vitalicia, ordenando a la AFP a reajustar la mesada pensional.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A** presentó recurso de apelación para que se revoque la condena impuesta. Adujo que la AFP no puede ser condenada pues el daño no es antijurídico ya que fue el mismo legislador fue quien instituyó la diferencia y las normas para la liquidación de cada una de las mesadas pensionales, y lo que hizo el fondo fue aplicar la ley, aspecto que no se analizó en la sentencia; que el demandante pese a afirmar que se le causaron unos daños no los probó en el juicio, siendo su carga probatoria, aspecto que no podía relevarlo el Juez; que no es cierto que se privó al actor de pensionarse en una mejor situación dado que el afiliado siempre estuvo en plena capacidad, facultad y oportunidad de retornar al régimen de prima media y si bien el derecho laboral es tutelar no se puede convertir en un derecho que ampare al accionante, incluso de su falta de diligencia o su falta de preocupación, como él mismo lo afirmó en el interrogatorio.

Manifestó que al momento de su traslado **LUIS RODRIGO ARCE SANCHEZ** tenía 37 años de edad, su traslado no le generó ningún tipo de perjuicio, no era beneficiario del régimen de transición; que el demandante no hizo mayor esfuerzo por demostrar los elementos que configuran la responsabilidad y el nexo de causalidad; finalmente, que en el despacho concluyó que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada pero después en el fallo modifica ese aspecto al



establecer un nuevo valor de mesada, alterando los parámetros sobre las cuales está recibiendo su pensión (*min. 34:55, enlace archivo "32ActaAudiencia20230530"*)

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **PORVENIR** solicitó la revocatoria de la sentencia, incluyendo aspectos que no fueron objeto de apelación. La apoderada del demandante intervino para que se mantenga el fallo de primera instancia.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social - CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si procede el pago de perjuicios al demandante por faltas al deber de información cuando se produjo el traslado de régimen pensional, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos **i) LUIS RODRIGO ARCE SANCHEZ** nació el 03 de febrero de 1957 y se afilió al ISS a partir del 18 de junio de 1984 (*pág. 28 y 30, archivo "01DemandaAnexos"*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de vinculación con **PORVENIR** el 22 de abril de 1994, con efectividad del 1º de mayo siguiente (*pág. 69 a 71, archivo "08ContestacionDemandaPorvenir"*); **iii)** y se encuentra pensionado por **PORVENIR** bajo la modalidad de renta vitalicia, en cuantía inicial de

\$1.009.775, cuyo pago lo realiza la aseguradora Seguros de Vida Alfa S.A. (pág. 86 a 89, archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”).

**- Sobre la indemnización de perjuicios por faltas al deber de información**

La controversia en esta instancia se centra en definir si procede la condena al pago de perjuicios por incumplimiento al deber de información cuando el actor se trasladó del RPM al RAIS.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, SL1113-2022 y SL3180-2023, entre otras, definió que cuando se trata de la falta al deber de información en el traslado de régimen pensional de una persona que adquirió con posterioridad la calidad de pensionado, no es posible declarar la ineficacia de dicho traslado, dado que no solamente se debe reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Es decir, señala la Corte, un pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Sin embargo, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, desde la sentencia SL373-2021 estimó que para estas personas subsiste la acción pertinente para solicitar la indemnización plena de perjuicios, así:

*“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información*

*(culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”.*

No obstante, el solo hecho de haberse omitido el deber de información en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral a partir de la Sentencia con Rad. 31.989 de 2008 y el demandante haber cambiado su estatus de afiliado a pensionado, no genera automáticamente la reparación del endilgado perjuicio, pues debe estar acreditada su exigibilidad y el daño (CSJ SL1085-2023); pero no cualquier daño sino un daño antijurídico real y causado por un comportamiento ilícito de la administradora de pensiones.

En suma, no puede perderse de vista que la obligación de indemnizar perjuicios deviene de una relación de causalidad entre el comportamiento ilícito del agente y el daño irrogado. Esta regla sobre la que se fundamenta la responsabilidad civil debe orientar el análisis del problema jurídico planteado, es decir, si la conducta del demandado acató los lineamientos legales, jurisprudenciales y regulatorios vigentes al momento de tramitarse el traslado de régimen pensional, frente al daño que se tradujo en la imposibilidad de gozar de un mayor monto pensional bajo los parámetros del régimen de prima media, al no estar legitimada para obtener la declaratoria judicial de la ineficacia del traslado por tener la calidad de pensionado del RAIS, conforme las actuales reglas jurisprudenciales.

Otra precisión, tratándose de una reparación integral de perjuicios, el monto indemnizable se determina al momento de adquirir la condición de pensionado en el RAIS, en caso de considerar que su monto deviene de la diferencia pensional entre uno y otro régimen pensional, su pago no

puede diferirse en el tiempo ordenando al fondo de pensiones pagar la diferencia pensional periódicamente, pues se estaría creando un nuevo régimen pensional, lo cual indica que eventualmente tal indemnización se haría exigible desde la data en la que se obtiene el derecho pensional en cualquiera de las modalidades del RAIS, como se estableció en la sentencia SL373-2021; en caso contrario, se estaría asimilando al régimen de prescripción previsto para las mesadas pensionales. Reiterando que el término de prescripción es el previsto en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto no es objeto de controversia en segunda instancia que al momento de traslado de régimen pensional de **LUIS RODRIGO ARCE SANCHEZ** el fondo de pensiones **PORVENIR** faltó al deber de información al no brindar asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen pensional y las consecuencias de dicho traslado, así lo determinó el juzgado, circunstancia que no fue cuestionada por ninguna de las partes, por lo que la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Ahora, sobre la indemnización de perjuicios, **PORVENIR** sostiene en la alzada que no se demostró el daño sufrido, que no hay ningún tipo de responsabilidad que se le pueda atribuir a título de culpa, que la sola diferencia de mesadas pensionales no puede generar el pago del perjuicio y que la parte actora no cumplió la carga probatoria que le correspondía.

Al respecto, la razón está del lado de **PORVENIR**. Esta Sala de Decisión no encuentra configurados los elementos esenciales de la responsabilidad civil que conduzcan a declarar judicialmente a cargo de la parte demandada la obligación de indemnizar los perjuicios reclamados en el presente litigio, pues no se advierte ilicitud de su conducta como tampoco la antijuricidad del daño en las truncadas expectativas pensionales del demandante, conforme pasa a explicarse.

Resulta pertinente mencionar que el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional se encuentra previsto en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; en el artículo 114 *ibídem*, que dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones; el artículo 271 de la misma Ley señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea; en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto Ley No.663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Sin embargo, el mismo Estado a través del Decreto 692 de 1994, artículo 11, en su momento determinó cuáles eran los requisitos para que pudiera materializarse el proceso de vinculación de un potencial afiliado mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, al que estaban sometidos las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, requisito sin el cual no se consideraba válida su vinculación al sistema o régimen pensional. Para dicho ente regulador y de control, los requisitos legales para perfeccionar el traslado de régimen pensional se satisfacían con el diligenciamiento del formulario debidamente firmado por el afiliado y la posterior verificación de dicha información por parte de la administradora de fondos receptora del nuevo afiliado.

Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y hasta la expedición de la Sentencia Rad. 31.989 de 2008, por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era suficiente que el afiliado declarara que el traslado lo hacía libre y sin presiones para entenderse válidamente efectuado, sin perjuicio de la información que el representante del fondo de pensiones suministrara al afiliado objeto de traslado de régimen pensional, cuyo contenido y precisión no estaba detalladamente regulada en el ordenamiento jurídico, únicamente el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Solo a partir de la Sentencia fundadora de línea jurisprudencial con Rad. 31.989 de 2008, la Sala de Casación Laboral empieza de determinar el sentido y alcance del libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social al momento del traslado de régimen pensional, advirtiendo que este no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de la decisión, criterio reiterado con posterioridad.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Es decir, a partir de las referidas sentencias el deber de información cobró mayor relevancia, así también se dispuso en el literal c) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, que introdujo el deber de asesoría y buen consejo, reglamentado por el Decreto 2241 de 2010. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2279-2021 expresó que esta disposición 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”*. Y finalmente, en la Ley 1748 de 2014, reglamentada por el artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 y en la Circular Externa No.016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, se estableció

la doble asesoría que *“lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales”* (CSJ SL2279-2021).

Lo anterior para resaltar que la AFP al tramitar el traslado de régimen pensional del demandante el 21 de abril de 1994, actuó al amparo del principio de confianza legítima, bajo el pleno convencimiento de cumplir su deber legal, aplicando la normativa vigente y siguiendo las instrucciones impartidas por la entonces Superintendencia Bancaria; solo a partir del año 2008, con ocasión de la decisión del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria, se precisó el alcance del deber de información bajo la institución de la libertad o consentimiento informado, que tuvo su máximo nivel de desarrollo jurisprudencial a partir del año 2019. En consonancia con las reglas de decisión que iba dictando la Sala Laboral de la Corte, el legislador expidió la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, las cuales suplieron el vacío normativo que sobre la materia imperó durante el periodo 1994 a 2008.

#### **-Sobre el Daño**

En relación con el daño alegado por el demandante, representado en la pérdida de oportunidad de haber obtenido un mayor monto pensional bajo el régimen de prima media, al carecer de legitimación en causa por activa para demandar y obtener judicialmente la declaratoria de ineficacia del traslado, por tener la condición de pensionado del RAIS, debe llamarse la atención que tal restricción sólo aparece en la jurisprudencia a partir de la sentencia SL373-2021 (10 de febrero), que recogió el criterio expuesto en la Sentencia Rad, 31.989 de 2008, la cual precisamente declaró la nulidad de traslado de régimen pensional de un pensionado del RAIS, es decir, los pensionados del RAIS, en el periodo comprendido entre el año 2008 y 2021, tuvieron la posibilidad de demandar la ineficacia del traslado, pero una modificación de la jurisprudencia, en otros términos, una variación de las reglas decisionales de la Sala Laboral de la Corte, truncaron tal expectativa. Luego, en gracia de discusión, determinar la causa del daño alegado por la parte demandante, pasa por definir si tuvo origen en la falta al deber de información de la AFP, en la omisión del demandante de haber regresado al RPM antes de cumplir los 52 años de edad o en el cambio en la

jurisprudencia que en forma pacífica consideró durante 13 años que tal reclamo era posible, pero ahora lo estima inviable jurídica, técnica y financieramente.

Por tanto, a la parte actora, durante su afiliación al régimen de seguridad social en pensiones, le han aplicado la regulación legal y jurisprudencial vigente, pero es evidente que desde el punto de vista legal y jurisprudencial sus expectativas por lograr una mejor prestación económica pensional se desvanecieron, pues al comparar la liquidación la pensión de vejez en el régimen de prima media con la que otorga el RAIS, en la mayoría de los casos aquella resulta más favorable, pero corresponde a un modelo pensional definido en la Constitución Política, la ley y la jurisprudencia; razón por la cual esa diferencia pensional que escapa a las aspiraciones del demandante no puede considerarse como un menoscabo o daño antijurídico a su patrimonio que deba ser indemnizado por la demandada, pues tal consecuencia adversa deviene de la aplicación del ordenamiento jurídico vigente al momento de tramitar su traslado de régimen pensional y de acudir a la administración de justicia.

En un hipotético caso, si se aceptara que por el sólo hecho de faltarse al deber de información se generara la reparación de un perjuicio, en aplicación del precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la sentencia SL373-2021, para ello se requiere que estén debidamente demostrados y probados (CSJ SL1085-2023), circunstancia que no se encuentran acreditadas en este juicio. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, establece que en cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante (art. 1.613 Código Civil). El daño emergente es el perjuicio o la pérdida derivada de no haberse cumplido la obligación o retardado su cumplimiento; y lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse por no haberse cumplido la obligación, o retardado su cumplimiento (art. 1.614 Código Civil).



Desde el punto de vista legal, para la configuración de la indemnización por perjuicios, el artículo 2.341 del Código Civil, exige la concurrencia de tres elementos, el daño, la culpa y una relación de causalidad entre estos. En cuanto al daño, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *“la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación”* (CSJ SC506-2022).

En el presente asunto el daño se encuentra soportado en la diferencia entre la mesada reconocida en el RAIS y la mesada que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en el evento que no se hubiese trasladado de régimen pensional, así se planteó en la demanda, tesis que aceptó el juzgado de instancia.

En el plenario no hay un ejercicio comparativo entre la mesada reconocida en el RAIS y la que le hubiere correspondido en el Régimen de Prima Media, que evidenciara el perjuicio a indemnizar. Y aun cuando se aportó el histórico de aportes pensionales tanto en el Instituto de Seguros Sociales como en la AFP, que haría viable realizar la liquidación, obtener el valor real de la mesada pensional en el RPM y calcular las diferencias con el valor de la mesada reconocida por el fondo demandado, dicho aspecto tampoco sería suficiente para impartir condena.

Esto por cuanto el daño debe ser real, cierto y efectivo y para el caso de **LUIS RODRIGO ARCE SANCHEZ** no se demostró. Además, la prestación pensional reconocida se hizo bajo la modalidad de renta vitalicia, por lo que ordenar un reajuste de mesada pensional con la diferencia del monto de la pensión que le hubiere correspondido en el RPM, crearía una nueva prestación a cargo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con las características de ambos regímenes pensionales (CSJ Sala de Descongestión Laboral SL2924-2023), contrariando lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 100 de 1993, según el cual los dos regímenes coexisten, pero son excluyentes, o mejor, la consecuencia sería la de crear un nuevo régimen pensional a cargo del RAIS, iniciativa reservada por el artículo 48 de la Constitución Política al legislador y no a los jueces. También desconocería que una vez

determinado el monto indemnizable, su pago se debe efectuar por una sola vez, excluyendo la posibilidad de asimilarlo a una renta vitalicia con pagos periódicos, como se dispuso en la sentencia recurrida, donde no se analizó el impacto que puede generar frente a la aseguradora que actualmente tiene la obligación de administración y pago, en virtud del artículo 80 de la Ley 100 de 1993, dado que la AFP no tiene la obligación de asumir un reajuste pensional, función que fue delegada a un tercero por expresa disposición legal.

Finalmente, no sobra advertir que establecer un régimen de responsabilidad civil en los contornos planteados en este litigio, compromete no solamente a la AFP, sino que conduciría también a estudiar la posible responsabilidad del Estado, pues no puede soslayarse la conducta del Instituto de Seguros Sociales en aceptar el traslado de régimen pensional sin asegurarse previamente que su otrora afiliado había sido debidamente informado de la decisión que estaba tomando; así como la función desarrollada por parte de la Superintendencia Bancaria o Superintendencia Financiera, entidad pública de regulación, control y vigilancia de las entidades que administran el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de quien sería imprescindible conocer las actuaciones y seguimientos adelantados respecto de la verificación del cumplimiento de las obligaciones que tenían los fondos de pensiones del RAIS conforme con el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993 – en especial el numeral 1°, y el Decreto 692 de 1994 – artículos 11 y 15, cuyo análisis no sería de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, sino de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, no se dan los presupuestos necesarios para acceder a la reparación integral. Por ende, se revocarán los ordinales segundo, tercero y sexto de la sentencia y se absolverá a **PORVENIR** de la indemnización solicitada.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir

copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los **ORDINALES SEGUNDO, TERCERO Y SEXTO** de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a **PORVENIR** de la indemnización integral de perjuicios reclamada por **LUIS RODRIGO ARCE SANCHEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

**TERCERO: SIN COSTAS** en las instancias.

**CUARTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaría de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 23-2021-00025-01**

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

Conforme al artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resuelve el recurso de apelación interpuesto por la demandada **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.** contra la sentencia del 07 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo con **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** y la condenó al pago de un mes de salario, indemnización moratoria, intereses moratorios y costas del proceso (*min. 00:18:55, archivo “14Audiencia20230607”*).

**I. ANTECEDENTES**

**• DEMANDA**

**CAMILO ANDRES GOMEZ PARADA** llamo a juicio a **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.** con el fin de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 14 de enero de 2019, hasta el 30 de abril del 2019 y, en consecuencia, se condene al pago

de \$2.000.000 por concepto de salario, indemnización moratoria, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que ingresó a trabajar el 14 de enero de 2019 mediante contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de jefe de nómina, con un último salario de \$2.000.000; que el contrato de trabajo feneció el 30 de abril de 2019 sin que se le haya cancelado el salario del último mes laborado ((pág. 22 a 27, archivo “01DemandaAnexos”).

#### • **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** se opuso a las pretensiones. Aceptó el vínculo laboral, la tipología del contrato, el cargo desempeñado, el salario y labores desempeñadas, la fecha de fenecimiento del contrato y la no cancelación del salario del mes de abril, pero haciendo la aclaración que el vínculo laboral lo realizó el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** en virtud de un contrato de arrendamiento de la institución de salud. Formuló las excepciones de *inexistencia de derechos solicitados reconocer y ordenar pagar*, carencia de justas causa y título para pedir, cobro de lo no debido y buena fe de la demandada (pág. 2 a 9, archivo “09ContestacionDemandaLlamamientoGarantia.pdf”). Llamó en garantía al **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** (pág. 41 a 43, archivo “09ContestacionDemandaLlamamientoGarantia.pdf”), petición que fue aceptada en auto del 27 de julio de 2022

El **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A. EN LIQUIDACIÓN** frente al llamamiento en garantía aceptó la existencia del contrato de arrendamiento celebrado con la Clínica, propuso las excepciones *ineptitud del llamamiento en garantía por falta de los requisitos formales*, existencia de compromiso o cláusula compromisoria entre Clínica Vascular Navarra S.A. y Centro Nacional de Oncología S.A., falta de legitimación en la causa – pasiva y la innominada o genérica (pág. 3 a 6, archivo “08Contestacion

*Centro Nacional De ONCOLOGÍA*”). Respecto de la demanda señaló que no le correspondía pronunciarse sobre las pretensiones, no aceptó ninguno de los hechos y propuso las excepciones de *falta de legitimación en la causa – pasiva* y la innominada o genérica (pág. 7 a 10, archivo “08Contestacion Centro Nacional De ONCOLOGÍA”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 00:18:55, archivo “14Audiencia20230607”)

El 07 de junio de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que el señor Demandante, Camilo Andrés Parada y la demandada Clínica Vascular Navarra existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 14 de enero del 2019 al 30 de abril de 2019. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada clínica Vascular Navarra SA a pagar al señor Demandante, Camilo Andrés Gómez Parada las siguientes sumas de dinero: a. \$2.000.000 por concepto de salario, mes de abril de 2019, b. sanción moratoria artículo 65 Código Sustantivo del Trabajo a razón de \$66.666,66 diarios a partir del 30 de abril de 2019 y hasta el 30 de abril de 2021, 24 meses y a partir del 1° de Mayo del 2021 y hasta que se efectúe el pago de este salario aquí ordenado, deberá pagar intereses moratorios, tasa máxima de crédito de libre asignación, certificados por la Superintendencia Financiera. **TERCERO: ABSOLVER** al llamado en garantía Centro Nacional de Oncología, en liquidación de todas las pretensiones incoadas en la demanda. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **QUINTO: COSTAS** a cargo de la Clínica Vascular Navarra a favor del señor Demandante. (...)”. SIC.

Como sustento de la decisión, el Juez indicó que conforme con las pruebas aportadas y recaudadas no hay duda de la existencia del contrato de trabajo del demandante a partir del 14 de enero de 2019 y de la prestación del servicio, cuyo empleador fue la Clínica Vascular Navarra; que el representante legal de dicha empresa al rendir interrogatorio confesó que al demandante no se le pago el salario correspondiente al mes de abril de 2019, motivo por el cual condenó al empleador al pago de dicho salario junto con la respectiva indemnización moratoria al no estar acreditado actos de buena fe. Respecto al **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**, sostuvo que si bien existió un contrato de arrendamiento entre las partes, la

**CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** no demostró que dicho CENTRO haya sido el verdadero empleador del accionante, no hay prueba de que el trabajador hiciera parte del contrato de arrendamiento y los documentos aportados dan cuenta que el contrato de trabajo fue celebrado por el representante legal de la CLÍNICA, por lo que dedujo que es dicha entidad la obligada a reconocer las acreencias laborales.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** interpuso recurso de apelación solicitando se condene al **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** a responder por las resultas del proceso. Adujo que se está desconociendo el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes, pues la relación laboral inició y finalizó durante la vigencia del referido contrato, que el CENTRO no cumplió su función y aunque el contrato de trabajo se firmó por el representante legal de la **CLÍNICA VASCULAR**, ello ocurrió mientras el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA** formalizaba sus contratos, resultando una estratagema del contratista para eludir sus responsabilidades, por tal motivo considera que es la llamada en garantía la obligada a responder de forma directa por las acreencias labores adeudadas, dado que la CLÍNICA ha actuado de buena fe (*min. 00:20:46, archivo “14Audiencia20230607”*).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la 2213 de 2022, no hubo pronunciamiento de ninguna de las partes.

### V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar quién de las demandadas es la obligada al pago de acreencias labores adeudadas al demandante, conforme a los requisitos sustanciales y procesales previstos en la ley.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia en los siguientes aspectos fácticos: **i) CAMILO ANDRÉS GOMEZ PARADA** celebró contrato de trabajo a término indefinido con la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** desde el 14 de enero de 2019 hasta el 30 de abril de 2019 desempeñando el cargo de jefe de nómina, con un salario de \$2.000.000 (*así fue declarado en la sentencia de primera instancia, no fue objeto de apelación y se acredita con los documentos obrantes en las páginas 5 a 8, archivo "01DemandaAnexos"*); **ii)** el salario del mes de abril de 2019 no le fue pagado al demandante (*así se estableció por parte del juez de primer grado y no fue objeto de controversia en segunda instancia*); **iii)** y el 08 de noviembre de 2018 entre la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.** y el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** se suscribió un contrato de arrendamiento de institución de salud, cuya vigencia se pactó entre el 10 de noviembre de 2018 hasta el 09 de octubre de 2021 (*pág. 11 a 30, archivo "09ContestacionDemandaLlamamientoGarantia"*)

### - Sobre la empresa responsable del pago de acreencias laborales

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante **CAMILO ANDRÉS GOMEZ PARADA** y la demandada **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** entre el 14 de enero del 2019 al 30 de abril de 2019, condenó al pago del salario del mes de abril de 2019 por la suma de \$2.000.000, la indemnización moratoria por los primeros 24 meses



después de terminado el contrato de trabajo e intereses moratorios a partir del mes 25.

El apoderado de **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** al momento de elevar el recurso mostró su inconformidad únicamente respecto de la entidad obligada al pago pues sostuvo que en virtud del contrato de arrendamiento quien debe asumir esa obligación es el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**

Por tal motivo, la Sala limita su estudio a ese punto de la controversia.

En el expediente está probado que el 08 de noviembre de 2018 entre la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.** y el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** se suscribió un contrato de arrendamiento de institución de salud (pág. 11 a 30, archivo “09ContestacionDemandaLlamamientoGarantia”), donde se pactó como objeto lo siguiente:

*“PRIMERA: OBJETO: “EL ARRENDADOR”, entrega en calidad de arrendamiento a “EL ARRENDATARIO”, y este así lo acepta y recibe, el inmueble donde funciona “LA CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.”, junto con todos los muebles, enseres y equipos biomédicos y tecnológicos que de ella hacen parte, según se relaciona e incorpora en el documento Anexo No. 11 (diez) denominado “INVENTARIOS”.*

*... Parágrafo 3: Serán de cargo de “EL ARRENDATARIO” a partir de la firma del presente contrato los impuestos, tasas, contribuciones, nóminas de empleados con contrato laboral, pago de contrato de prestación de servicios a personas naturales o jurídicas, servicios públicos, administración de propiedad horizontal y demás gastos de la operación normal del objeto Social de la “LA CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.”,*

*Parágrafo 4: Si se presentare una eventualidad en la cual “EL ARRENDADOR” tuviese que suministrar firmas y/o documentos que se encuentren en su poder para el funcionamiento de “LA CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.”, enseres, equipos biomédicos y tecnológicos, licencias de funcionamiento, etcétera, este se obliga a suministrarlos por si mismo o por intermedio de apoderado para conocimiento y/o firma de documento que fuere necesario”*

Al revisar la cláusula, junto con las demás pactadas entre las sociedades demandadas, la Sala advierte que este tipo de negocios

jurídicos es viable frente a los trabajadores en la medida en que no vulneren sus derechos mínimos e irrenunciables.

Del Parágrafo 3° de la cláusula primera contractual, se desprende que el pago de nómina de empleados cobijó únicamente aquellas relaciones laborales vigentes al momento en que se materializó el contrato de arrendamiento, esto es, al 10 de noviembre de 2018. Por tanto, si con posterioridad a esa fecha el arrendatario de la institución de salud requería ampliar el recurso humano para lograr la adecuada ejecución del contrato de arrendamiento debía vincularlos a nombre propio o a nombre de la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA**, haciendo la claridad que era con ocasión de dicho contrato. En este último caso, solo sería válido en la medida en que lo suscribiera el representante legal propuesto por el arrendatario, que se debió nombrar en los 20 días hábiles siguientes posteriores a la vigencia del contrato de arrendamiento, según quedó plasmado en la cláusula decima cuarta (pág. 24 y 25, archivo “09ContestacionDemandaLlamamientoGarantia”), salvo la excepción prevista en el parágrafo 4 de la cláusula tercera antes citada.

En el presente asunto está demostrado que **CAMILO ANDRES GOMEZ PARADA** fue contratado laboralmente por parte de la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA** el 14 de enero de 2019 para desempeñar el cargo de jefe de nómina (pág. 5 a 8, archivo “01DemandaAnexos”). Sobre este aspecto, ALVARO MURCIA GOMEZ, representante legal de la demandada **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA - arrendador -** manifestó que, si bien el contrato laboral lo suscribió su hijo Jorge Álvaro Murcia, como representante legal suplente, esto ocurrió para facilitar el funcionamiento de la Clínica, declaración que se hizo en los siguientes términos:

*...si en algún momento se requiere...la firma de alguno de nosotros para que la clínica funcione, nosotros estábamos obligados a prestarla, lo que pasa es que como le expliqué señor juez si arrendamos el 10 de noviembre 2018 y en ese tiempo se nombró como representante legal al doctor Carlos Chirivi, que está aquí presente como representante legal, usted sabe que hay que cambiar los estatutos porque teníamos un representante legal, eso*

*lo llevamos a escritura pública, la Notaría 43 de Bogotá no la entregaron el 28 de enero del año 2019, ... el señor se posicionó el día 14 de enero y mientras que la llevamos a la Cámara de Comercio, es decir, hasta febrero el señor Carlos Chirivi presente acá presente, acá él era el representante legal, a partir de ese momento cuando salió de la Cámara de Comercio, antes de acuerdo al parágrafo, ... el hijo mío fue el que era representante, legal, suplente. Firmó porque no había otra opción y utilizando el parágrafo tercero, el párrafo cuarto de la cláusula primera, le hicimos el favor de firmar ese documento para que la clínica siguiera funcionando porque si no estaba este señor, pues no podría funcionar la clínica.” (min.32:05, archivo “11Audiencia2023-05-24.mp4”).*

Pese a esa descripción, en el contrato de trabajo suscrito con el demandante no se precisó que la vinculación correspondía a la ejecución del contrato de arrendamiento suscrito entre la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.** y el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** y aun cuando el certificado de existencia y representación legal de la **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA S.A.** da cuenta que “*Mediante Acta No. 005 del 16 de noviembre de 2018, de Asamblea de Accionistas, inscrita en esta Cámara de Comercio el 1 de febrero de 2019 con el No. 02420124 del Libro IX,*” se designó a CARLOS ADRIAN CHIRIVI RODRIGUEZ como segundo representante legal principal de la CLÍNICA (pág. 17, archivo “01DemandaAnexos”), no se demostró la eventualidad prevista en el parágrafo 4° de la cláusula primera del referido contrato, que permitiera inferir razonablemente que el verdadero empleador del actor y responsable de todas las contingencias laborales era el **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.** como arrendatario de la institución de salud. Tampoco que haya sido esa institución la que cumplió con los pagos y acreencias laborales causadas desde el ingreso del accionante.

Además, **CAMILO ANDRES GOMEZ PARADA** al absolver interrogatorio señaló que no tuvo relación alguna con **CENTRO NACIONAL DE ONCOLOGÍA S.A.**, no supo de la existencia del contrato de arrendamiento y en todos los desprendibles de nómina aparecía como empleador **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA.**

Pero la referida discusión de la entidad responsable no puede afectar los derechos laborales del trabajador, como sucede en este caso, donde el arrendador ni el arrendatario acreditaron el pago del salario del demandante correspondiente al mes de abril de 2019, más aún cuando el propietario de la institución de salud, en virtud del contrato, se reservó la facultad de nombrar un auditor para vigilar la ejecución de los contratos de trabajo, entre otros aspectos (*parágrafo 5, clausula quinta, pág. 18 y 19, archivo "09ContestacionDemandaLlamamientoGarantia"*), por lo que se infiere el incumplimiento en las labores de seguimiento de la operación contractual.

En gracia de discusión, el solo hecho de delegar a un tercero la explotación económica de un determinado negocio comercial, como sucedió en este asunto, no exonera al propietario, pues en últimas también debe responder en virtud de la obligación que le impone el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Bajo el anterior análisis, los medios de persuasión incorporados al expediente dan cuenta que el único empleador fue **CLÍNICA VASCULAR NAVARRA**, siendo la llamada a cumplir las contingencias laborales ordenadas, no siendo de recibo los argumentos expuestos en la alzada, motivo suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Al no presentarse inconformidad por los montos calculados por el *a quo* por salarios, indemnización moratoria e intereses moratorios, la Sala se releva de su estudio en aplicación del principio de consonancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA LABORAL, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

**RESUELVE**

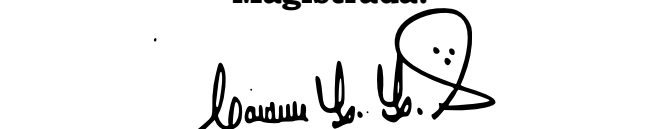
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 29-2022-00447-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación presentado y sustentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra el fallo del 16 de noviembre de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI y reactivó la afiliación en el RPM. (min. 1:10:47 archivo “19GrabacionAudienciaConciliacion\_Juzgamiento”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 1 a 8 archivo “01Demanda”).**

**JOSÉ MARÍA NAVARRO ORTIZ** solicitó declarar la nulidad de su afiliación al RAIS, reactivar su vinculación en el RPM, devolver el saldo de su CAI, condenas ultra y extra *petita*.

Como fundamento fáctico, indicó que se afilió al ISS desde el 19 de noviembre de 1993 hasta el 30 de abril del 2000, que el mes de mayo del 2000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional y para el mes de octubre del 2002 realizó traslado a **PORVENIR S.A.** Señaló, que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado, peticiones que fueron negadas.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó las cotizaciones efectuadas por el demandante al ISS que el **DEMANDANTE** y la reclamación administrativa, expresó que no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código

civil, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, prescripción y caducidad, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas e innominada o genérica (Pág. 2 a 22 archivo “08ContestaciónColpensiones”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Negó todos los hechos de la demanda y formuló las excepciones de validez de la afiliación a protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción e innominada o genérica. (Pág. 2 a 10archivo “10ContestacinProteccion”)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Admitió los hechos relativos a la afiliación del demandante a esa AFP y la radicación del derecho de petición. Indicó que no son ciertos o no le constan los demás hechos y formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Pág. 2 a 30 archivos “12ContestaciónPorvenirSA”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (min. 1:09:57 archivo “19GrabacionAudienciaConciliacion\_Juzgamiento”).**

El 16 de noviembre de 2023, el Juzgado 29 Laboral de oralidad de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado pensional que realizó JOSE MARÍA NAVARRO ORTIZ identificado con C.C 19.489.059, solicitado el 1 de marzo de 2000 con fecha de efectividad 1 de mayo de 2000 a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante JOSE MARÍA NAVARRO ORTIZ identificado con C.C 19.489.059, esto es cotizaciones, rendimientos y sumas destinadas a la garantía de pensión mínima, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones rendimientos y sumas*

*destinadas a la garantía de pensión mínima que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. **CUARTO:** SIN CONDENAS en costas. **QUINTO:** CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS... (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, efectuado ante ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** con fecha de solicitud el 01 de marzo de 2000 y con fecha de efectividad 1 de mayo de 2000.

Para resolver, indicó que el caso el formulario de afiliación no es prueba suficiente para demostrar consentimiento informado, que el deber de información recae sobre las AFP y que la simple firma del formulario no es prueba de un consentimiento libre e informado, siendo que el contenido mínimo del deber de información consiste en informar sobre las características, ventajas, desventajas, beneficios y requisitos de cada régimen. Para la *a quo* no se acredita que las AFP hubieran satisfecho al accionante en su deber de información y que del interrogatorio de parte del demandante, no se puede deducir una confesión, por lo que dedujo que el traslado al RAIS se torna ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, alegando que no se logró probar por la parte actora un vicio en el consentimiento, que los traslados se realizaron de forma libre y voluntaria y dentro de la normatividad vigente. (min. 1:12:59 archivo “19GrabacionAudienciaConciliacion\_Juzgamiento”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, y en su lugar, absolver a su representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, reiterando los argumentos de la alzada. Por su parte, el apoderado del **DEMANDANTE** solicita confirmar el fallo. Las demás partes guardaron silencio.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado



jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente, su traslado horizontal a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante se afilió al ISS y cotizó desde el 19 de noviembre de 1993 (Pág. 11 a 22 archivo “01Demanda”); **ii)** el demandante se trasladó al RAIS mediante afiliación a ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** a partir 01 de mayo de 2000 (Pág. 11 archivo “11ContestacionProteccion”) y luego se trasladó a **PORVENIR S.A.** mediante formulario de vinculación No. 10173649 del 30 de agosto de 2002, efectivo a partir del 01 de octubre del 2002, AFP donde se encuentra actualmente (Pág. 31 archivo “012ContestaciónPorvenirSA”); **iii)** el demandante elevó solicitud ante las demandadas para retornar al RPM, peticiones que fueron negadas (Pág. 23 a 33 archivo “01Demanda”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAI y reactivó la afiliación en el RPM. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones:

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen bajo estudio, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera *“información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”*.

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa relacionada con el deber de información, inicialmente previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, luego con la creación de los multifondos, el deber de asesoría y buen consejo (Ley 1328 de 2009 y Decreto 2241 de 2010), y finalmente con la exigencia de la doble asesoría (Ley 1748 de 2014).

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía “*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*” y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

Finalmente, la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias

SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL4062 de 2021, SL1942 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad; situación idéntica ocurrió con la AFP **PORVENIR S.A.**, que no probó el cumplimiento al deber de información al demandante en su traslado horizontal.

De otra parte, el demandante en su interrogatorio (min. 19:15 archivo “19GrabacionAudienciaConciliacion\_Juzgamiento”) manifestó que por intermedio de un asesor de ING solo se le informó sobre algunos beneficios que podría obtener en el RAIS y que se trasladó de manera libre y voluntaria pero no le entregaron mayor información sobre la AFP, asimismo, dijo que se trasladó a **PORVENIR** por obligación laboral pues donde trabajaba solo tenía convenio con ese fondo, que no ha realizado reclamación administrativa pero que si ha llamado para obtener información sobre cuál sería su mesada pensional, que su motivación de traslado se dio por información suministrada por un amigo que le dijo que su mesada pensional sería de un SMLMV, mientras que en **COLPENSIONES** sería mayor a dicha suma. Dichos que no benefician a las demandadas, puesto que, si bien el actor aceptó haber firmado los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, lo cierto es que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizará en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala confirmará la decisión de declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS del demandante, por cuanto el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y aun cuando su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acredita tan siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, por lo cual se considera que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, no siendo aplicable la restricción del literal e)

del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, por cuanto en este caso no se trata de un traslado de régimen pensional puro y simple, sino que corresponde al estudio de su ineficacia, cuyas consecuencias son diferentes.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las AFP demandadas de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las AFP demandadas debe devolver 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, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo los fondos de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

Se advierte que la orden impartida por la *a quo* en el sentido de que **COLPENSIONES** debe recibir los valores antes referidos e incorporarlos como aportes pensionales y reactivar la afiliación sin solución de continuidad, no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que las **AFP DEMANDADAS** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el

eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Respecto la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, no tiene prosperidad. Igual suerte ocurre con los demás medios de defensa invocados.

Sin costas en esta instancia.

Por último, conforme lo dispuesto en el artículo 199 CPACA modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, se dispondrá remitir copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a las **AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con el bono pensional y los rendimientos, así como 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, por el tiempo de permanencia de la demandante. Al momento de que las AFP demandadas cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle

pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: ADICIONAR** a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

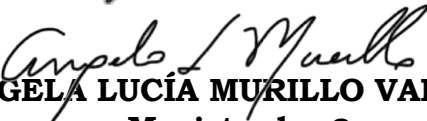
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

**QUINTO: SE ORDENA** remitir copia de esta sentencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme el artículo 199 CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. **Secretaria de la Sala proceda de conformidad.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: JOSE MARIA NAVARRO ORTIZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2022 00447 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada