



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0099-2020**

**Radicado N° 09-2019-00147-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 1° de octubre de 2019, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP, sin descuento alguno por gastos de administración y pólizas de seguros, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas y a reactivar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (fl. 135, 17:07 cd fl. 134).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 2 a 16).**

**DORIS ADRIANA GONZÁLEZ MOLINA** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a dicha AFP a trasladar el saldo de la CAIP, cobros y gastos de administración a **COLPENSIONES**, así mismo, ordenar a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS desde el 24 de noviembre de 1980; que el 11 de marzo de 1997 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; así mismo, que ni el extinto ISS ni **COLPENSIONES** procuraron brindarle información sobre los regímenes pensionales; tampoco informó a su empleador por escrito sobre el traslado de régimen; de otra parte, indicó que su permanencia en el RAIS lesiona su derecho a la libre escogencia y le genera un perjuicio irremediable. Afirmó que solicitó al extinto ISS su retorno al RPM, así mismo, que el 05 de julio de 2017 solicitó a **PORVENIR** su desvinculación del RAIS, petición que negó la AFP el 28 de julio de 2017, mientras que el 25 de mayo de 2017 solicitó a **COLPENSIONES** su retorno al RPM; petición que rechazó la administradora.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS del demandante y que le negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que la afiliación de la demandante es válida por cuanto no acreditó causal de nulidad, sin que pueda alegar su propia culpa a su favor, en todo caso, cualquier eventual error se subsanó con el paso del tiempo. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (fl. 49 a 57).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó que tiene una fuerza comercial de asesores, que la rige el Estatuto Tributario y que negó el traslado del demandante por la restricción por edad. Aclaró que la demandante se trasladó de régimen mediante afiliación a la AFP COLPATRIA el 09 de septiembre de 1998, ya que la afiliación a la AFP HORIZONTE de 1997 se invalidó por multiafiliación que determinó su permanencia al RAIS debido a sus múltiples afiliaciones a AFP, porque se trasladó a la AFP ING en el 2000 y a **PORVENIR** en 2002. De otra parte, señaló que sus asesores están capacitados para asegurar una adecuada asesoría a los potenciales afiliados, que en el caso de la actora se materializó en una exposición sobre las características, bondades y limitaciones de cada régimen, luego de lo cual tomo la decisión informada de afiliarse a la AFP, sin que para dicha fecha se exigieran estudios financieros, sin que exista vicio de consentimiento y sin que cumpla los requisitos para el retorno al RPM en cualquier tiempo. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 67 a 74).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 135, 17:07 cd fl. 134)**

El e1° de octubre de 2019 el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante DORIS ADRIANA GONZÁLEZ MOLINA, entre el RPM representado por el entonces ISS hoy Colpensiones, al RAIS representado por Horizonte hoy PORVENIR el 11 de marzo de 1997.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la Cuenta de Ahorro Individual de la señora DORIS ADRIANA GONZÁLEZ MOLINA, sin descuento alguno de los gastos de administración y seguros de invalidez y supervivencia y se ordenará a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados.*

*TERCERO: se declaran no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

*CUARTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES. Tásense conforme el Acuerdo PSAA16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura en la suma de UN SMLMV A CADA UNA. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede o no declarar la nulidad o ineficacia del traslado de la actora a **PORVENIR** y si en consecuencia corresponde o no condenar a la AFP a trasladar los valores recibidos durante la afiliación de la demandante y a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas y reactivar a la actora en el RPM.

Para resolver indicó que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció que la elección de régimen pensional es libre y voluntaria, mientras que el Decreto 663 de 1993 estableció el deber de información de las entidades financieras, por tanto, las AFP desde su creación deben entregar información suficiente para que el afiliado seleccione el régimen que mejor se acuerde a sus intereses. La H. CSJ ha indicado que la libertad informada es requisito de validez de la decisión de selección de régimen pensional y que la AFP tiene la carga de la prueba de acreditar que brindó una asesoría completa de los regímenes y características de la situación pensional del afiliado. En el caso se acreditó que desde marzo de 1986 la demandante se afilió al RPM cotizando 661 semanas, que se trasladó en marzo de 1997 a la AFP HORIZONTE y luego realizó traslados de AFP hasta que se afilió a la demandada en 2002, los cuales no implican convalidación de la decisión de cambio de régimen; así las cosas, si bien la demandante indicó en el formulario de afiliación que su afiliación era libre, lo cierto es que **PORVENIR** no acreditó la asesoría previa al traslado, porque no basta la expresión genérica del formulario, además, el comunicado de prensa no acredita una asesoría individual a la actora sobre su particular situación pensional. Declaró la ineficacia del traslado del 11 de marzo de 1997, condenó a la AFP retornar los montos de la cuenta de la demandante a **COLPENSIONES**, sin deducción de gastos de administración porque la ineficacia genera la no pertenencia al

régimen y por ende se deben restituir la situación anterior al traslado, así mismo, ordenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la actora al RPM. Declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a las demandadas

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia. Afirmó que la libertad de selección de régimen pensional no se restringe cuando la decisión se plasma por escrito en el formulario de afiliación, el cual si causo efectos jurídicos; señaló que la carga argumentativa de las sentencias de la H. CSJ aplica a la situación particular del caso que analizó la Corte y en donde encontró que el traslado generó una incidencia en los derechos pensionales, incidencia que no ocurrió en el caso del demandante. En todo caso, afirmó que la AFP si cumplió con el deber de información porque informó sobre las características del producto, al punto que el demandante indicó que sí recibió una asesoría personal sobre la naturaleza del RAIS como un ahorro en una cuenta individual para pagar la pensión, que conocía que el RPM es un fondo común y que además recibió asesorías personales en los traslados de AFP, sin que fuera obligatoria para dicha fecha realizar una proyección y además se hizo la publicación sobre el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003. En caso de confirmarse la condena, solicitó que no ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que desconoce la posición de la H. CSJ sobre las prestaciones acaecidas, por la cual se indicó que la nulidad en el derecho social no lo es como en el derecho civil, lo que permite tutelar situaciones consolidadas como cuando el trabajador de buena fe no debe devolver las prestaciones sociales, posición que aplica porque los gastos de administración se consumieron para proteger al demandante de ellos riesgos de invalidez y muerte, así mismo, el artículo 964 CC afirma que la restitución de frutos conlleva abonar los gastos ordinarios para producirlos, salvo que medie mala fe, la cual no se acreditó, por ende, si se ordena a devolver los rendimientos no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración<sup>1</sup> (18:22 cd fl. 134).

---

<sup>1</sup> Siendo la oportunidad procesal pertinente, interpongo recurso de apelación para que los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revoquen en su totalidad la

sentencia de primera instancia considerando lo siguientes argumentos. Se parte del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que consagró que la elección de régimen debe ser libre y voluntaria y que la misma deberá manifestarse por escrito, señores magistrados, realizando una interpretación lógica, gramatical e histórica de dicho articulado, no ata más allá de documentar, ya sea en cualquier documento, la información que se le da a la parte demandante, sino el acto único de traslado, esto es, con el formulario de afiliación como una solemnidad para que dicha vinculación causara efectos jurídicos tal y como así aconteció en el caso de la aquí demandante, tan es así, que permaneció desde la época de 1998 hasta la actualidad en el RAIS. Hay que tener a consideración que se enuncia por parte de la falladora las sentencia emitidas por la honorable Corte Suprema de Justicia, sin embargo, debe tenerse a consideración que la carga argumentativa utilizada por parte de la Corte no se aparta de la identidad fáctica del caso en estudio que se esta exhibiendo por dicha Corte Suprema de Justicia, dado que cuando se manifiesta que los afiliados deberán tener información y conocer más cuando no se puede predecir que dicho traslado fue de manera libre y voluntaria cuando desconoce la incidencia que tiene sobre los derechos prestacionales, por eso debe tenerse en consideración que esa carga argumentativa utilizada por la Corte va encaminada al caso particular que se esta estudiando, dado que cuando se manifiesta una incidencia sobre los derechos prestacionales, quiere decir que para el momento del traslado el afiliado o el demandante en su momento dicho traslado le aconteció una incidencia y la misma no fue advertida al momento del traslado, pero en el caso que nos ocupa debe considerarse que no se evidencia para el momento del traslado ninguna incidencia sobre los derechos prestacionales del aquí demandante, más cuando aproximadamente había cotizado 271 semanas al ISS y le faltaban más de 20 años para adquirir un derecho prestacional y ahora en la actualidad tampoco tendría ninguna incidencia sobre sus derechos prestacionales, dado que mi representada en ningún momento le indicó que no tiene derecho a una prestación económica por vejez, por cuanto se le asegura lo preceptuado en el artículo 48 de la Constitución Política, es decir, su derecho a la seguridad social y su inconformidad va encaminada respecto del monto de la mesada pensional que podría obtener, esto que es un factor económico más no una incidencia sobre el derecho prestacional. Igualmente, se hace alusión a que debe decirse todos los efectos que acarrea el traslado de régimen, enunciar lo que se puede perder y enunciar lo que resulte perjudicial para el afiliado, pero debe tenerse en consideración que dichos preceptos utilizados por la Corte van encaminados al caso concreto, porque de perder una condición especial o un derecho consolidado que tuviera el afiliado para el momento del traslado y en el caso que nos ocupa no se evidencia que el demandante tuviera una pérdida respecto de su derecho prestacional. Del caso que nos ocupa se hace referencia a que se demostró que no se le suministró información o que no quedo demostrado que se suministró la misma, sin embargo, señores magistrados, si se analiza la sentencia 1452 de 2019, tenemos la consideración que se cumple con la primera etapa de dicha información, dado que se le dio al demandante a conocer el producto al cual se estaba afiliando, cumpliendo así con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, dado que no tenía mayores exigencia como hoy en día si se tiene el derecho de información, dado que la demandante en su interrogatorio de parte manifestó que recibió una asesoría, que fue personal que se le habló de la naturaleza del RAIS, el cual era un ahorro y ella manifestó que era una cuenta de ahorro individual y que su pensión se tendría pues de los ahorros más los rendimientos, hizo referencia a que no se trataba como en el ISS en donde todas las personas depositaban los aportes sino que era un ahorro personal, eso lo manifestó la demandante en su interrogatorio, manifestó que el informaron sobre la pensión anticipada, que recibía los extractos y manifiesta que las demás traslados entre administradoras fueron asesorías de manera individual, lo que quiere decir que la demandante no solo contó con una oportunidad para aclarar sus dudas y conocer el RAIS sino que contó con dos oportunidades, en las cuales pudo desplegar o ampliar su conocimiento sobre este régimen. Por parte de la sentenciadora de primera instancia se manifiesta que no hay pruebas de que a la demandante se le informó sobre el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100, pero la demandante no es beneficiaria del mismo, por lo tanto, no era necesario advertirle la existencia del régimen de transición, también se manifiesta por parte de la sentenciadora de primera instancia que no se evidencia que al momento del traslado se realizara una proyección, pero hay que tener a consideración que para la fecha del traslado, 1998, no existía la obligación de realizar una proyección y esto teniendo a consideración lo manifestado por la honorable Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1452 de 2019, en donde en el punto tercero hace referencia a la Ley 1748 de 2014 y su Decreto Reglamento 2071 de 2015, donde se habla del deber de doble asesoría y la obligación de realizar proyecciones, es decir, para el caso a la fecha dicho deber no tenía el alcance que se le esta dando al caso en particular a la fecha de traslado en el análisis que hoy en día nos ocupa. Se manifiesta por parte del Despacho que la publicación no tiene efecto o no se le da validez que es posterior a la afiliación del traslado y que no evidencia que se haya dado de manera personal en el momento específico, pero debe considerarse que dicha publicación tiene una finalidad y una justificación que no se le haya dado al momento del traslado, que fue en 1998 y es posterior con justa causa y que en 1998 no se podía proveer una modificación a la Ley 100, la que se dio en el año 2003 y la publicación se hizo cuando entró en vigencia dicha normatividad, que fue la oportunidad en la que ya había pasado la fecha de afiliación, por eso se dio así las información. Ahora señores magistrados de no tenerse en consideración los argumentos anteriormente planteados, solicitó de manera muy respetuosa sea revocado el numeral segundo en lo que tiene que ver con que mi representada devuelva los gastos de administración, teniendo a consideración la naturaleza y la misma carga argumentativa que utiliza la señora Juez para ello, porque manifestó la señora Juez que como consecuencia de la ineficacia debe restituirse las cosas a su estado inicial, pero se echan de menos los mismos pronunciamientos emitidos por la Honorable CSJ en donde se expone la teoría de las prestaciones acaecidas, en sentencia 81389 el MP Dr. Eduardo López Villegas hace referencia a lo que son las prestaciones acaecidas y a lo que

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto la carga de la prueba del cumplimiento del deber de asesoría y buen consejo es de la AFP, lo cual no acreditó. El apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia por la falta de prueba de vicios en el consentimiento, información insuficiente o equivocada por parte del Fondo y que la mera inconformidad sobre el valor de la pensión del RAIS no acredita el incumplimiento del deber de buen consejo. La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., identificada con NIT 900.847.037, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con CC 1.020.786.735 y portadora de la TP 300.432 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, alegando la improcedencia de invertir la carga de la prueba

---

tiene que ver con los gastos de administración de seguros provisionales de invalidez y muerte: “las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubiere dado o recibido, ha de valer tutelar y preservar situaciones consolidadas, porque en el ámbito del derecho laboral ora el del derecho social, en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo no priva al trabajador del derecho a su remuneración o que en materia de seguridad social en lo laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo, el trabajador o el afiliado de buena fe tiene derecho a conservar, sin deber de restituir, las prestaciones que le hubieran sido pagadas”, en este caso debe tenerse en consideración que por ser los seguros provisionales de invalidez de consumo inmediato, tan en consideración que fueron consumidos por el paso del tiempo en los 20 años en los que la demandante estuvo afiliado al RAIS; en caso de que le hubiera ocurrido algo en este tiempo estos seguros hubiesen cumplido su finalidad, hay que tener en consideración que en el contrato no se podían proveer a futuro las consecuencias o acontecimientos futuros, por eso, debe tenerse en consideración los mismo pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre las prestaciones acaecidas, porque se consuma dado que los mismos se han dado a lo largo del contrato. De no tenerse a consideración que, si es de aplicar en sentido estricto lo preceptuado en el Código Civil de restituir las cosas a su estado inicial, no da a restituir los frutos, es decir los rendimientos acaecidos, ya que la demandante refleja un capital de \$93.008.104 y los rendimientos son de \$234.120.310, es decir, más del doble de su capital es generado de rendimientos, de tenerse en consideración que permaneció en el RPM no habría lugar a dichos rendimientos y esto tiene su sustento en el mismo Código Civil en el cual se habla sobre la restitución de los frutos, concretamente en lo manifestado en el artículo 964, en el cual la restitución de los frutos en su último acápite manifiesta: “en toda restitución de frutos se abonará al que la hace los gastos ordinarios que invirtió en producirlos”, si se desconoce que la demandante estuvo en el RAIS y si se desconocen los gastos ordinarios en producir dichos rendimientos, no habría lugar a devolver dichos frutos, sin embargo, si ha de devolverse dichos frutos, ha de descontarse los gastos ordinarios que se invierten en producirlos conforme el artículo 964, por eso, solo hay lugar a devolver los gastos de administración y rendimiento cuando se haya demostrado la mala fe del uno de los contratantes, y la buena fe se representó por parte de mi representada por parte del artículo 83 de la constitución política y como es una presunción, ha de tenerse consideración que no se demostró la mala fe de mi representada, por tanto, no se le puede imputar. Así dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias.

a favor del afiliado conforme las sentencias C-086 de 2016 y T-422 de 2011, así como la mala fe del demandante y se negligencia y falta de intereses por su futuro pensional, quien omitió sus obligaciones como consumidor financiero de informarse sobre el producto, a la vez que el error de derecho no vicia el consentimiento conforme el Código Civil y la sentencia C-993 de 2006. Por su parte, la apoderada de **PORVENIR** solicitó acceder al recurso de apelación, por cuanto el actor se afilió de forma voluntaria e informada previa asesoría verbal de un asesor capacitados en temas pensionales, sin que para el 2002 se exigiera documentar la misma, permaneciendo el actor en el RAIS por más de 18 años sin reparo alguno y quien además no tenía una expectativa pensional cierta al momento del traslado, estando prescrito el derecho procesal de acción. Agotado el término, la parte demandante se abstuvo de presentar 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VIII. CONSIDERACIONES**



En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** nació el 09 de marzo de 1957 (fl. 11); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 26 de septiembre de 1976 al 29 de febrero de 2000, acumulando 172, 14 semanas conforme su historia laboral (fl. 58) y 659,57 semanas conforme la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 103); **ii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), que se hizo efectivo el 1° de abril de 2000 (fl. 99), administradora donde permanece afiliado.

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

## **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR**.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que se acreditó que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, que la AFP durante 18 años realizó campañas de información y dispuso canales para exponer temas pensionales, que solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, que no demostró ningún vicio en el consentimiento y no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, siendo imposible determinar el monto de la pensión a la fecha de traslado, no obstante lo cual el actor tuvo la capacidad intelectual de determinar que le convenía el traslado, siendo un hecho notoria la existencia de **COLPENSIONES** pese lo cual no decidió retornar, incluso, dejó prueba de conocer los aspectos del RAIS porque relacionó sus hijos en el formulario y criticó las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba alguna de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** manifestó en su interrogatorio que en la reunión grupal, que precedió a su traslado de régimen, se le informó

acerca del RAIS que tendría una cuenta individual y que tendría la libertad de escoger el monto y momento de su pensión, manifestaciones que guardan relación con las omisiones descritas en la demanda, en donde el actor manifestó la falta de información en cuanto el modo como se causa y liquida la pensión en el RAIS con base en un monto de capital necesario para generar el derecho pensional, sin que por su parte la AFP hubiera cumplido con su carga de la prueba de acreditar que contrario a lo afirmado por el actor si brindó una adecuada asesoría y consejo por parte de la AFP para conocer las características de cada régimen pensional, sus ventajas, desventajas, riesgos y beneficios de permanecer en cada uno de ellos.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.  
ACLARO VOTO

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado. ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0089-2020**

**Radicado N° 11-2018-00344-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación de las partes contra la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 25 de mayo de 2015 al 08 de abril de 2016, por el cual el demandante se desempeñó como ecólogo con un salario de \$1.800.000, condenó al pago de cesantías, intereses a la cesantía, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones por cuanto declaró parcialmente probada la excepción de pago y condenó en costas a la demandada (fl. 83 a 84, 16:08 cd fl. 82).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 2 a 7).**

**NEDYN STYVEN HERRERA VILLARRAGA** solicitó declarar un contrato de trabajo con la demandada del 25 de mayo de 2015 al 08 de abril de 2016, en consecuencia, condenar al pago de cesantías, intereses a la cesantía, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, aportes a

seguridad social, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que prestó su servicio personal subordinado a favor de la demandada por los extremos temporales informados en virtud de un contrato de trabajo por obra o labor, por el cual desempeñó el cargo de ecólogo con un último salario de \$1.800.000, siendo su horario de trabajo de lunes a viernes de 8am a 6pm, sin que su empleador hubiera cancelado la liquidación del contrato, a pesar de que el 21 de noviembre de 2016 el demandante le envió un correo electrónico solicitando su pago, solicitud que presentó de nuevo el 12 de septiembre de 2017.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 50 a 55).**

**EIATEC S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos todos los hechos de la demanda. Indicó que pagó los aportes a seguridad social causados en vigencia del contrato de trabajo, así mismo, señaló que no hubo mala fe del empleador, por cuanto reconoció que tiene pendiente el pago de la liquidación del contrato de trabajo, pasivo que catalogó como de primer orden al momento en que se presentó al proceso de reorganización empresarial por cesación de pago, al cual fue admitida por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA mediante auto 400-007989 del 07 de junio de 2018, por lo cual todas las acreencias laborales del demandante serán satisfechas en los términos del acuerdo que se suscriba conforme la Ley 1116 de 2006. Interpuso las excepciones de pago, buena fe e improcedencia de indemnización moratoria e improcedencia de la indemnización moratoria por admisión al proceso de reorganización.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 83 a 84, 16:08 cd fl. 82)**

El 17 de octubre de 2019 el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

**“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre NEDYN STYVEN HERRERA VILLARRAGA y EIATEC S.A.S., existió una relación**

laboral vigente entre el 25 de mayo de 2015 y el 8 de abril de 2016, en virtud del cual desempeñó el cargo de ECÓLOGO, recibiendo como último salario la suma de **UN MILLÓN OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE. (\$1.800.000)**.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada al pago de las siguientes sumas de dinero a favor de la parte actora:

- A. *Por concepto de cesantías*
  - **UN MILLÓN OCHENTA MIL PESOS MCTE (\$1.080.000)** generada en el año 2015 y
  - **CUATROCIENTOS NOVENTA MIL PESOS MCTE (\$490.000)** por la fracción del año 2016
  
- B. *Por concepto de intereses a las cesantías*
  - **SETENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS MCTE (\$77.760)** por el año 2015 y
  - **DIECISÉIS MIL SIETE PESOS MCTE (\$16.007)** del año 2016
  
- C. La suma de **SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL PESOS MCTE (\$785.000)** por concepto de vacaciones causadas y no pagadas.
  
- D. Los intereses moratorios liquidados desde la terminación del contrato de trabajo y hasta que se verifique el pago, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera, respecto del valor de las prestaciones sociales y vacaciones adeudadas que dan lugar al mismo.
  
- E. **TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$3.240.000.00)** por concepto de indemnización por la no consignación de las cesantías a un fondo.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada **EIA TEC S.A.S.** de las demás pretensiones incoadas en su contra por **NEDYN STYVEN HERRERA VILLARRAGA**

**CUARTO: DECLARAR** probada parcialmente la de pago propuesta por la demandada y no probadas las demás

**QUINTO: CONDENAR** a la demandada en Costas del proceso. Liquidense por secretaría incluyendo la suma de \$350.000,00, como valor en que se estiman las agencias en derecho. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si se adeuda suma alguna al demandante de cesantías,

intereses a la cesantía, indemnización moratoria por no consignación de cesantías y la consagrada en el artículo 65 CST, vacaciones, aportes a seguridad social y costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que no existe controversia entre las partes sobre la existencia del contrato de trabajo por obra o labor determinada, el cargo, el salario y los extremos temporales, relación que a su vez se acredita con las pruebas documentales aportadas. Afirmó que la demandada no acreditó el pago de las cesantías, intereses a la cesantía y vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral y aceptó que no pagó la liquidación final del contrato, por lo cual condenó al pago de la indemnización moratoria ya que la demandada no desvirtuó la presunción de mala fe por el no pago de las prestaciones, por cuanto si bien demostró que se encuentra en un proceso de reorganización empresarial, no aportó pruebas de algún interés en cancelar dichas acreencias que adeuda, sin que sea excusa su mala situación financiera derivada de la crisis del sector petrolero en virtud del artículo 28 CST, aclarando que el monto de la indemnización corresponde solo a los intereses porque la demanda se radicó luego de 24 meses de finalizado el contrato, sin que las reclamaciones mediante email interrumpa dicho plazo. Condenó al pago de la indemnización por no consignación de cesantías, toda vez que se acreditó la mala fe del empleador cuando omitió consignarlas. Absolvió de la condena al pago de aportes a seguridad social porque la demandada acreditó el pago de los mismos, por tanto, declaró parcialmente probada la excepción de pago.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

El demandante **NEDYN STYVEN HERRERA VILLARRAGA** presentó recurso parcial de apelación en contra del modo de cálculo de la indemnización moratoria, por cuanto afirmó que el demandante presentó varias reclamaciones directas a su empleador solicitando el pago de sus acreencias laboral, por tanto, si bien la demanda no se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, dichas reclamaciones sí se efectuaron en dicho

periodo y por ende no puede aplicarse la interpretación más restrictiva<sup>1</sup> (18:30 cd fl. 82).

La demandada **EIA TEC S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** presentó recurso por el cual solicitó revocar la condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST. Afirmó que la condena a la indemnización moratoria requiere la mala fe del empleador, la cual no se acreditó porque el empleador sí contestó las peticiones de pago del demandante, sin nunca desconocer la obligación a su cargo, la cual no canceló por la crisis económica del sector petrolero, sin que dicha omisión fuera deliberada o caprichosa, sin que sea cierto que existe una presunción de mala fe porque el artículo 83 constitucional señaló que se presume la buena fe, tal y como ha indicado la H. CSJ, por tanto, la cesación de pago no tuvo ánimo defraudatorio sino que lo fue por razones atendibles y serias, al punto que dentro del proceso de reorganización de pasivos la sociedad incluyó por iniciativa propia el crédito laboral del demandante, sin que acudir a dicho proceso sea una conducta defraudatoria. Por último, solicitó desestimar el recurso de casación del demandante, por cuanto la H CSJ ha sostenido de forma reiterada que la imposición de la demanda luego de los 24 meses de finalizado el contrato genera que la indemnización moratoria se liquide solo incluyendo los intereses moratorios <sup>2</sup> (19:59 cd fl. 82).

---

<sup>1</sup> Interpongo para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá recurso de apelación única y exclusivamente con lo que atañe respecto de la forma como se calculó la indemnización moratoria del artículo 65 CST, esto es, teniendo en cuenta que desde el 21 de noviembre de 2016 el señor NEDYN STYVEN HERRERA VILLARRAGA formuló peticiones o reclamaciones directas a su patrono para el pago de la liquidación del contrato de trabajo y las prestaciones sociales y demás acreencias laborales que le correspondían por su prestación del servicio, en atención a ello, si bien la demanda no fue interpuesta dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del contrato de trabajo, lo cierto sí es que la reclamación se viene haciendo dentro de ese lapso de los dos años, razón por la cual no se podría aplicar la interpretación más restrictiva respecto de los intereses del demandante con atención de esta indemnización, ya que se demostró más allá de toda duda el hecho de la mala fe patronal, razones por las cuales ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá solicito que se revoque la sentencia en lo que es materia de impugnación respecto de la forma como fue calculada la indemnización del artículo 65 CST. Muchas gracias.

<sup>2</sup> Habiendo escuchado el fallo que en derecho acaba de proferir, respetuosamente manifiesto que me opongo y discrepo respetuosamente de los argumentos que se han expuesto en la sentencia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, es importante señalar que en lo que tiene que ver con la condena moratoria que establece el artículo 65 CST, es importante señalar que este tipo de sanciones no operan de forma automática, sino que para que opere la sanción es necesario que dentro del proceso se hubiere demostrado la mala fe del empleador y dentro del proceso la mala fe del empleador no quedo demostrada, a pesar de que en los alegatos de conclusión mi colega apoderado de la parte demandante señaló que la mala fe se podía observar y deducir a partir de una serie de correos electrónicos que fueron remitidos por el demandante al empleador y que dichos correos no habían sido contestados, sin embargo, al hacer un recorrido detallado por el expediente militan correos electrónicos en los cuales EIA TEC SAS a través del departamento de tesorería específicamente dio respuesta a las solicitudes de pago elevadas por el señor demandante y dentro de esas respuestas a los correos expresamente se señaló que se estaba reconociendo la obligación, que en efecto había una obligación pendiente de pago, pero que dicha obligación no se había podido cancelar por las dificultades en el recaudo de la cartera por parte

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

de EIA TEC SAS, también obra en el expediente un correo electrónico por quien fuera en su momento representante legal de la sociedad EIA TEC SAS, el señor Carlos Galán, en la cual le manifestó a NEDYN STYVEN que era importante tratar esos temas personalmente por vía telefónica, luego los correos electrónicos si fueron respondidos y por si solos no tienen la capacidad suficiente para demostrar la mala fe del empleador, como reitero de manera respetuosa la conducta de EIA TEC SAS no fue deliberada ni caprichosa, de acuerdo con lo establecido en la sentencia SL194 del 23 de enero de 2019 la Sala de Casación Laboral señaló precisamente esto, que la sanción moratoria regulada en el artículo 65 CST para el sector privado, es de naturaleza sancionatoria de modo que para su imposición se debe analizar por el Juzgador el comportamiento del empleador y establecer si actuó de buena o mala fe, por cuanto la presencia de esta última, es decir de la mala fe, es la que le abre paso. En segundo lugar me aparto de la consideración por la cual existe una presunción de mala fe del empleador y que la misma no logró ser desvirtuada por EIA TEC SAS, teniendo en cuenta que la mala fe en Colombia no se presume y no hay una norma a través de la cual se presume la mala fe, por el contrario, la misma constitución en su artículo 83 establece que en Colombia la buena fe se presume, en el presente caso y para argumentar y fundamentar lo que acabo de decir, la CSJ Sala de Casación Laboral en la sentencia SL32416 del 21 de septiembre de 2010 señaló: “que si bien es cierto que en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de Corte Considero que en cara de la imposición de la indemnización moratoria del empleador incumplido había una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, por cuanto que pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse por la sanción por mora de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistido de buena fe, considera que en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la precitada indemnización moratoria no es dable extraer una presunción en tales términos, postura que ha dicho la Corte se acompasa con el artículo 83 de la Constitución Política”, de lo dicho, en el expediente no obra prueba alguna que permita concluir que EIA TEC SAS EN REORGANIZACIÓN actuó de mala fe a pesar de lo que he anotado y que fue señalado en los alegatos de conclusión de mi colega apoderado de la parte demandante. En tercer lugar, quisiera manifestar que en la sentencia 15438 del 07 de febrero de 2001 se estableció que antes de la imposición de la sanción moratoria era importante que el Juez examinara las razones por las cuales condujeron al empleador a incumplir con el pago de salarios y prestaciones sociales o a demorar la cancelación de los mismos, de modo que si en ella en su actuación militaban circunstancias atendibles sin perjuicio de la condena al pago de los valores, esta podría ser exonerada y al respecto, frente al deber judicial de examinar la conducta de si el empleador debe ser sancionado es importante que se tenga en cuenta si la conducta fue una conducta defraudadora, así lo estableció en la sentencia 12499 del 10 de noviembre de 1999, donde señaló la Corte Suprema de Justicia: “la carga resarcitoria prevista en el artículo 65 CST no es irremediable por absoluta e inexorable, sino que debe ser aplicada en cada caso examinando con rigor la conducta patronal, porque si de esta se infiere que no hubo finalidad defraudatoria del empleador con los intereses del trabajador y que existen razones serias que explican el no pago íntegro por su parte de algunos créditos sociales no hay lugar a imponerla”, frente a este pronunciamiento de la Corte es claro su señoría que EIA TEC SAS no ha tenido una actitud defraudatoria con el trabajador y una prueba de ello es que precisamente dentro del proceso de reorganización de pasivos, la obligación que se encuentra pendiente fue incluida para que la promotora del proceso de reorganización la tuviera en cuenta a momento de los pagos y eso implica necesariamente una voluntad de pago que se contrapone a una actitud defraudatoria en contra del demandante, al respecto, quisiera decir que ese carácter defraudatorio no se presume ni se infiere con el simple retardo sino que debe analizarse de acuerdo a las razones que llevaron a la falta de pago o a su retardo de acuerdo con la sentencia 17024 del 18 de abril de 2002 de la Corte Suprema de Justicia, adicional a eso, su Señoría debo señalar que el proceso de reorganización que en este momento está surtiendo EIA TEC SAS es un proceso que permite precisamente que los pasivos que deben ser cancelados se puedan hacer, se puedan llevar a cabo, pensar que incluir las obligaciones en el proceso de reorganización implica una conducta defraudatoria sería tanto como pensar o concluir que los procesos de reorganización tienen ese carácter y es claro que ese no es el carácter de los procesos de reorganización. Por último, su Señoría quiero señalar que estoy de acuerdo con el argumento jurídico que esboza el despacho y por supuesto que me aparto de las consideraciones con las cuales el señor apoderado de la parte demandante se opone a la tasación de la sanción moratoria, correspondiente a los intereses al tasa máxima desde la terminación del contrato, porque efectivamente la Sala de Casación Laboral en el radicado SL1942 del 2018 aplica o más bien lleva a este fallo y reitera la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, especialmente la sentencia SL del 6 de mayo de 2010 Radicado 36577 reiterado en la sentencia 38177 del 3 de mayo de 2011, la sentencia del 25 de julio de 2012 en el radicado 46385, al sentencia SL10632 de 2014 y la SL918 del 2015, donde la Corte Suprema de Justicia señaló que la indemnización moratoria que se debe calcular a partir de la terminación del contrato corresponde a la tasa máxima de los intereses que se hubieran causado siempre y cuando dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato no se hubiera presentado la demanda, no como lo señala el apoderado del demandante por las reclamaciones. En estos términos su Señoría dejo argumentadas las razones para el recurso de apelación que va a ser tramitado ante la sala del Tribunal Superior.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar alegatos.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si le asiste derecho al demandante al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST y, en caso afirmativo, determinar la forma procedente para el cálculo de la misma, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** entre el 25 de mayo de 2015 al 08 de abril de 2016 existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre las partes (fl. 12 a 1, 56); **ii)** la sociedad **EIA TEC S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** ingresó al proceso de reorganización mediante auto 400-007989 del 07 de junio de 2018 proferido por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, con ocasión de la solicitud que realizó dicha sociedad mediante memoriales 2018-01-248156 y 2018-01-264262 del 16 y 23 de mayo de 2018 (fl. 67 a 74).

### **- Sobre la Indemnización Moratoria en situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.**

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dichas figuras, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que no procede de forma automática, por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

**- Sobre los Efectos en la Indemnización Moratoria por Presentar la Demanda Después de 24 meses de Finalizado el Contrato de Trabajo.**

La H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha sostenido de forma reiterada y pacífica que si el trabajador devengó un salario superior a un (1) SMLMV y el contrato de trabajo finalizó después de entrar en vigencia la Ley 789 de 2002 y presentó la demanda luego de veinticuatro (24) meses de finalizado el vínculo laboral, en caso que se ordene el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, solo recibirá los intereses moratorios a la tasa



máxima certificada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA causados sobre el capital insoluto por salarios o prestaciones desde la terminación del contrato, tal y como ha reiterado en las sentencias SL Rad. 36.577 del 6 de mayo de 2010, SL1560 de 2014, SL3936 de 2018, SL2140 de 2019, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que el demandante se desempeñó como ecólogo al servicio de la demandada, con un salario de \$1.800.000, en virtud del contrato de trabajo que existió entre las partes del 25 de mayo de 2015 al 08 de abril de 2016 y condenó al pago de cesantías, intereses a la cesantía, vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria, absolvió de las demás pretensiones por cuanto declaró parcialmente probada la excepción de pago y condenó en costas a la demandada.

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial por el cual solicitó modificar la forma de cálculo de la indemnización moratoria, por cuanto indicó que si bien la demanda se radicó luego de 24 meses de finalizado el contrato de trabajo, durante dicho lapso el demandante presentó reclamaciones a su empleador solicitando el pago de sus acreencias laborales.

Por su parte, el apoderado de la **DEMANDADA** presentó recurso por el cual solicitó revocar la condena al pago de la indemnización moratoria. Afirmó que dicha condena requiere acreditar la mala fe del empleador, la cual no existió porque contestó las peticiones de pago del demandante, nunca desconoció la obligación a su cargo, la cesación de pago no tuvo animo defraudatorio por cuanto existió un motivo atendible y serio como lo fue la crisis del sector petrolero, al punto que por iniciativa propia incluyó el crédito del demandante en el proceso de reorganización que adelanta, sin que se pueda presumir la mala fe. Así mismo, señaló que en todo caso la indemnización moratoria solo debe ser calculada con intereses porque el demandante

radicó la demanda luego de 24 meses de finalizado el contrato de trabajo.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación de las partes, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, la condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST no es automática por cuanto presupone la mala fe del empleador, por tanto, si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su condena no procederá la condena, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias °SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

No son pocos los procesos en los cuales el empleador que incumplió el pago de los salarios y prestaciones sociales alega que tal omisión lo fue por crisis, insolvencia o iliquidez. Al respecto, la H. CSJ han señalado que debe valorar la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora como único criterio para establecer la procedencia de la condena a la indemnización moratoria, por lo que en los casos de reestructuración, intervención u otra situación similar ha de establecerse si cesó el pago por mala fe, por tanto, si demuestra que estuvo imposibilitado para realizar el pago no procede la condena, tal y como señaló la Alta Corporación en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

En el presente asunto, **EIA TEC S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** se duele en manifestar que no pagó las cesantías e intereses a la cesantía por la crisis económica del sector petrolero, sin nunca tener ánimo defraudatorio por cuanto contestó las peticiones de pago del demandante, reconoció por iniciativa propia el crédito laboral en el proceso de reorganización que surte ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y porque la mala fe no se presume.

Al respecto, llama la atención de esta Sala que no existió controversia alguna entre las partes de que el contrato de trabajo por obra o labor determinada que las unió finalizó el 08 de abril de 2016, mientras que las solicitudes de admisión que presentó la sociedad

empleador al proceso de reorganización se presentaron con memoriales 2018-01-248156 y 2018-01-264262 del 16 y 23 de mayo de 2018, tal y como lo señaló la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES en su auto del auto 400-007989 del 07 de junio de 2018 (fl. 67 a 74).

Lo anterior significa que entre la finalización del contrato y la presentación de la solicitud de reorganización trascurrieron más de 24 meses, mientras que la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES indicó que la causal de ingreso al proceso de reorganización que alegó la demandada lo fue la cesación de pago por más de 90 días de créditos que superan más del 10% del pasivo a cargo del deudor (fl. 68), siendo lógico inferir que el crédito laboral a favor del demandante hacen parte de ese 10%, mientras que el otro 90% del pasivo corresponde a los casos donde la cesación de pagos era inferior a 3 meses, lo cual permite concluir que la demandada no acreditó ninguna justificación para no incluir el pago de las acreencias laborales del demandante dentro de ese porcentaje del 90% donde la mora era inferior a 3 meses a pesar de que se reitera al momento de la solicitud a la Superintendencia habían transcurrido más de 24 meses sin que el demandante recibiera siquiera un abono de su crédito laboral.

Adicional a lo expuesto, observa la Sala que en la comunicación que la Promotora del proceso de reorganización de la sociedad empleador remitió al demandante en junio de 2018 (fl. 58 a 61), el crédito laboral se reportó bajo el concepto de *honorarios* (fl. 60), naturaleza distinta a la que en realidad le corresponde por tratarse de créditos laborales, lo que conlleva a la duda de si en realidad la graduación del crédito del demandante como crédito priorizado por su naturaleza laboral será correcta, por cuanto la demandada no le asignó dicha calidad ya que indicó que eran un crédito civil o comercial (honorarios).

Las anteriores consideraciones descartan la buena fe que alega el apoderado de **EIA TEC S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, motivo por el cual la sala confirmará la decisión del Juez de primera instancia de condenar al pago de la indemnización moratoria.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 estableció como un efecto de la admisión del proceso de reorganización la prohibición de los administradores de la sociedad para efectuar compensaciones, pagos, arreglos, conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso, en este caso, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES.

Ello implica que desde la admisión de la sociedad **EIA TEC S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** al proceso de reorganización en virtud del auto del 400-007989 del 07 de junio de 2018 (fl. 67 a 74), dicha sociedad perdió la autonomía para el manejo de su patrimonio y la posibilidad de realizar el pago de las acreencias del demandante salvo permiso expreso del Juez del Concurso, circunstancia por la cual la Sala considera que la indemnización moratoria, en su calidad de sanción, deberá limitarse desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha de admisión al proceso de reorganización, en razón a la imposibilidad del empleador para efectuar por sí mismo el pago de las cesantías e intereses a la cesantías por las razones ya expuestas

Así mismo, se modificará la condena a la indemnización moratoria para excluir la mención de las vacaciones como parte del capital adeudado, por cuanto las mismas no son una prestación social.

En cuanto al motivo de inconformidad de la parte **DEMANDANTE**, basta indicar que la Sala acogerá la posición jurisprudencial de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ que indica que interponer la demanda luego de 24 meses de finalizado el contrato conlleva a que la liquidación de la indemnización moratoria corresponda únicamente a los intereses causados sobre el capital adeudado por salarios y prestaciones sociales, motivo por el cual el demandante no puede pretender justificar la no presentación oportuna de la demanda con las reclamaciones que efectuó al empleador, habida cuenta que las mismas no son requisitos para presentar la demanda, motivo por el cual nada le impedía radicar la misma dentro del término de los 24 meses siguientes a la finalización de la relación laboral, motivo por el cual deberá asumir las consecuencias de dicha conducta.

Sin costas en la instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el literal d) del numeral segundo de la sentencia de primera instancia, a fin de **CONDENAR** a la demandada a pagar a favor del demandante la indemnización moratoria del artículo 65 CST, en cuantía equivalente a los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, causados desde el 09 de abril de 2016 y el 07 de junio de 2018, liquidados sobre el capital de \$1.663.767 correspondiente a las cesantías e intereses a la cesantía adeudados.

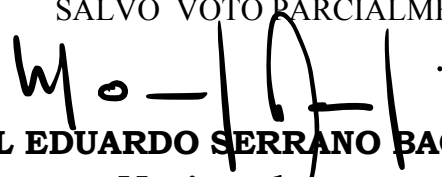
**SEGUNDO:** los demás numerales de la sentencia de primera instancia se mantienen incólumes.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

SALVO VOTO PARCIALMENTE  
  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Me apartó parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con limite en la condena por sanción moratoria. Es mi criterio, que en cada caso debe analizarse la conducta del empleador; toda vez que no es posible exonerarlo de la sanción sencillamente porque acude a un proceso de reorganización empresarial, que es diferente a la liquidación forzada y obligatoria en donde si hay una imposibilidad real de hacer pagos desde que esta se da.

En estos casos se da una circunstancia diferente y más en estos en donde la reorganización, tiene lugar varios años después a la terminación del contrato, luego no hay lugar a considerar que solo ese hecho, posterior, se itera a la terminación del contrato, sea suficiente para que hasta ese momento se imponga la sanción.

En sentencia de rad 45211 de 22/02/2017, la Corte suprema de Justicia dijo que ese solo hecho, esto es la reorganización no tiene el potencial suficiente para exonerar al empleador de la imposición de la sanción, siendo necesario analizar si en verdad hay razones atendibles, lo que no creo suceda en este caso, en donde se itera la reorganización se dio tiempo después. Dijo la Corte en esa providencia lo siguiente:

“(...)”

Ahora bien, aun cuando del certificado de existencia y representación legal de la sociedad, obrante a folios 11- 12 y del acta de reunión de determinación de derechos de voto y acreencias de folios 370- 407 se puede derivar que la empresa atravesaba dificultades económicas tiempo antes del 10 de febrero de 2006, momento en que se aceptó la apertura del trámite de reactivación empresarial de la Ley 550 de 1999, tal como lo alega la censura, **pues este procedimiento está contemplado para corregir deficiencias que presenten las empresas en su capacidad de operación y permitir su recuperación económica, lo cierto es que esta sola circunstancia no tiene el potencial suficiente para desvirtuar la sentencia impugnada, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha venido sosteniendo que el estado de insolvencia económica o iliquidez del empleador, por sí solo, no lo exonera de la imposición de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., por cuanto, incluso en estos eventos, el patrono puede ejecutar actos contrarios a la buena fe en el no pago de acreencias adeudadas a los trabajadores a la terminación del contrato, por lo que es necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones atendibles del incumplimiento del patrono para, de esta manera, predicar su buena fe** (ver sentencias CSJ SL, 18 sep. 1995, Rad. 7393, CSJ SL, 3 may. 2011, Rad. 37493 y CSJ SL, 14 agos. 2012. Rad. 37288).

Vale decir que, aunque allí se refiere a la reactivación empresarial de la ley 550 de 1990 este es similar a la reorganización empresarial de la ley 1106 de 2006, luego es aplicable a este caso.



MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0113-2020**

**Radicado N° 30 2018 00552 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR y COLFONDOS**, contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS y condenó a Porvenir a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante, junto con los gastos de administración cobrados.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**DORIAN ROGER BROCHADO BERMUDEZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al



Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que el demandante nació el 15 de febrero de 1955, que realizó cotizaciones de manera interrumpida al ISS hoy Colpensiones entre el 1° de abril de 1983 y el 31 de diciembre de 1999, que también realizó aportes a Cajanal entre el 9 de mayo de 1983 y el 9 de junio de 1984 y del 1° de julio de 1992 al 9 de enero de 1993, que el 12 de noviembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir con efectividad a partir del 1° de enero de 2000. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no lo asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

Dentro del auto admisorio de la demanda, el Juez dispuso la vinculación al proceso en calidad de litisconsorcio necesario de la AFP COLFONDOS (fl. 70)

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las solicitudes presentadas y frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 84 a 92).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen la nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (fls. 127 a 149).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el

traslado de régimen y la solicitud presentada por el demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 173 a 182).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 2 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS y condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido por la afiliación del actor. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO:** DECLÁRESE nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor DORIAN ROGER BROCHADO BERMUDEZ del Instituto de Seguros Sociales a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. realizada el día 12 de noviembre de 1999 mediante formulario N° 01270297, conforme a lo expuesto. **SEGUNDO:** DECLÁRESE válidamente vinculado al demandante señor DORIAN ROGER BROCHADO BERMUDEZ al Régimen de Prima Media con prestación definida, administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones. **TERCERO:** CONDENENSE a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, estos últimos de su propio patrimonio debidamente indexados, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen es decir desde que cobró efectividad el traslado a partir del 31 de diciembre de 1999 a 31 de agosto de 2000 y del 1° de febrero de 2002 hasta cuando se haga efectivo el traslado. **CUARTO:** CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración, durante el tiempo que

*permaneció el demandante en dicho fondo de pensiones, es decir desde el 1° de septiembre de 2000 a 31 de enero de 2002, de su propio patrimonio debidamente indexados. **QUINTO:** ORDENESE a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor DORIAN ROGER BROCHADO BERMUDEZ, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida. **SEXTO:** DECLARESE no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **SEPTIMO:** CONDENSE en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.148.000 a cargo de Porvenir y \$1.000.000 a cargo de Colfondos. **OCTAVO:** SIN COSTAS ni a favor ni en contra de Colpensiones. **NOVENO:** CONCEDASE el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensioines”.*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado del actor pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de PORVENIR pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que el demandante no tenía la condición de beneficiario del régimen de transición y por ello no se le causó perjuicio alguno con el traslado, que en los casos en que se aduce dolo éste debe ser probado por quien lo aduce y que para el momento en que el actor se trasladó de régimen no existía obligación legal de documentar la asesoría que se daba a los afiliados. Sobre los gastos de administración estima que no es procedente su devolución, pues

éstos se realizaron con fundamento en el artículo 20 der la Ley 100 de 1993 que así lo autoriza<sup>1</sup>.

El apoderado de la AFP COLFONDOS pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que el traslado del actor a Colfondos fue de manera libre y voluntaria, que en su caso específico no hay lugar a invertir la carga de la prueba en tanto no hay ninguna negación indefinida en su contra, además que la condena en su contra fue ultra

---

<sup>1</sup> “Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Dentro de las consideraciones a tener en cuenta se definió por parte del despacho que el demandante no era beneficiario del régimen de transición y que frente al análisis de la nulidad como acción civil, el mismo acto del traslado de régimen que efectuó el demandante para el 12 de noviembre de 1999 por mi representada estaba viciado de nulidad frente a una causal de dolo, evidentemente pues este tipo de causal de nulidad o de vicio en el consentimiento debe ser visto desde un aspecto como nulidad de carácter relativo y dentro del mismo invocándolo la parte demandante no puede frente a una línea jurisprudencial que puede entenderse reiterada y pacífica frente a personas que son beneficiarias de un régimen de transición o encuentra una expectativa legítima cuando nos encontramos a una doctrina legal probable al pronunciarse la Corte frente a tres decisiones no solamente de la misma pretensión sino de los aspectos fácticos en este sentido no podría entenderse aplicable en el caso del demandante, más aun frente a un criterio como el dolo donde bien es sabido que es la causal de nulidad por no decirlo frente a las otras, teniendo en cuenta que se está concluyendo las malas intenciones o en alguna medida las artimañas que el asesor de Porvenir utilizó para en alguna medida causarle un perjuicio al demandante frente a un provecho propio de la entidad de trasladarlo de régimen pensional, en ese sentido analizar el dolo debe ser visto frente a qué tipo de expectativas o qué tipo de derechos ya adquiridos contaba el demandante al momento del traslado de régimen y como bien se concluyó por el fallador de segunda instancia no tenía ningún tipo de expectativa legítima ni era beneficiario del régimen de transición para concluir en este sentido que le era beneficioso a mi representada realizar este tipo de traslado de régimen, más aun cuando estamos hablando de un deber de información que siempre se reconoció por parte de mi representada y que suscribió un formulario de afiliación conforme a las exigencias legales que para la época de 1999 exigía la Superintendencia Financiera exigiéndole porque es el ente que vigila a mi representada, en ese sentido frente a un interrogatorio de parte realizado al demandante, al indicar el mismo su inconformidad por el monto de la mesada pensional no puede dársele un 100% de credibilidad al mismo ya que por reglas de derecho probatorio no puede utilizarse a favor mismo tal prueba ya que la misma fue solicitada por parte de mi representada y es frente a la misma que debe utilizarse tal prueba, pues es un medio de confesión, y aspectos como que el demandante tuvo conocimiento de las herramientas tecnológicas con las que contaba para poder consultar frente a su situación pensional o laboral y consultar una simulación por proyección pensional, son criterios que no se tuvieron en cuenta por parte del fallador de primera instancia, en ese sentido el acto de afiliación por parte de mi representada suscrito por el demandante es válido, más aun cuando el demandante ratificó su voluntad de permanecer no solamente en el RAIS sino con mi representada y sanear ese acto jurídico con una posterior afiliación del 7 de diciembre de 2001. Frente a la condena a mi representada de los gastos de administración claro es que el pronunciamiento realizado desconoce un aspecto de carácter legal como el artículo 20 de la ley 100 de 1993 en el cual se facultó a las administradoras de pensiones en el RAIS para hacer un descuento frente a los aportes que realizaban los demandantes para con los mismos cubrir las contingencias para prima de seguros de invalidez y muerte y al beneficio que los mismos traerían frente a la generación de rendimientos financieros en su cuenta de ahorro individual, por ende generaría un enriquecimiento sin justa causa al demandante la devolución de los rendimientos que fue beneficiado durante todo este lapso de tiempo en el que estuvo vinculado en el Régimen de Ahorro Individual y además aun así condenar a mi representada a la devolución de unos gastos de administración, frente a un deber de información o a una asesoría que no había exigencia en su momento de dejarla por escrito sino que se realizaba de manera verbal, por los anteriores argumentos solicito al TSB revocar en su integridad la decisión emitida por el Despacho y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, gracias”

y extra petita y por ello debía estar debidamente argumentada. Sobre los gastos de administración considera que su devolución no es procedente teniendo en cuenta que trasladó los aportes realizados por el actor Porvenir y si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas regresen a su estado anterior, el actor tampoco debería haber recibido los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual. Estima que no es procedente la condena en costas en cuanto que la ineficacia declarada es ajena a ella y no entiende porque no se condenó en costas a Colpensiones<sup>2</sup>

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada sustituta de Colpensiones presenté alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, en tanto no se acreditó la existencia de vicios

---

<sup>2</sup> “Su señoría encontrándome dentro de la oportunidad pertinente y en los términos del artículo 66 del CPL me permito interponer respetuosamente el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho teniendo en cuenta que bajo esta sentencia se determina que hubo dolo y es sabido que quien alega el dolo debería probarlo, las sentencias de la CSJ indican que las AFP deben demostrar la información suministrada por la negación indefinida, en primer lugar con respecto a esto debe decirse que el demandante no demostró que existiera dolo y la carga de la prueba se invierte solo para demostrar el deber de información que las AFP tenían en su cabeza, pero el dolo debe demostrarse por la parte demandante y en este proceso no se demostró que hubiera dolo por parte de alguno de los asesores que acompañó al demandante en su proceso de afiliación de quererle causar un daño al demandante máxime cuando el mismo confesó en el interrogatorio de parte que la afiliación realizada con Colfondos fue de manera libre y voluntaria, en el presente caso no debería aplicarse la inversión de la carga de la prueba respecto a mi representada debido a que en la demanda ningún hecho de que mi representada no le dio información al demandante y en segundo lugar porque en el interrogatorio de parte el demandante confiesa que no recuerda nada de lo acontecido con Colfondos lo que es claro es que no hay ninguna negación indefinida que permita la inversión de la carga de la prueba en el presente caso en cuanto a mi representada. Ahora respecto a la ineficacia es claro que mi representada no estuvo involucrada en el negocio jurídico que dio lugar a la ineficacia del traslado pensional porque fue previo y Colfondos S.A. actuó de buena fe, adicionalmente respecto a la condena de los gastos de administración debe decirse que son condenas ultra y extra petita debido a que no fueron fijadas en el problema jurídico por lo tanto deben estar debidamente argumentadas y en el presente caso no se entiende porque se obliga a Colfondos a devolver gastos de administración cuando en primer lugar estos gastos de administración también son cobrados por Colpensiones, en segundo lugar como consta en el expediente todos los dineros del demandante que reposaban en mi representada fueron trasladados a Porvenir debido al traslado del demandante y en tercer lugar se cobraron de conformidad con la ley y no procede de todas formas porque el demandante recibió rendimientos y la decisión implica regresar las cosas a su estado anterior, es decir que si no hubiera celebrado el negocio jurídico no habría generado los rendimientos con los que hoy en día cuenta, considera que tampoco debería darse la condena en costas respecto a su representada dado que el acto es ajeno a su representada y debían ejercer el derecho de defensa y la nulidad es un acto que debe probarse y del cual no nos consta su veracidad y no se entiende tampoco porque no se condenó a Colpensiones teniendo en cuenta que Colpensiones también tenía que informar al demandante, por las razones expuestas solicito que se absuelva a mi representada y se revoque la sentencia de primera instancia”

del consentimiento en el acto del traslado de régimen del demandante.

La apoderada de la AFP Porvenir presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando para el efecto los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La apoderada de la AFP Colfondos presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando para el efecto los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto definió que los fondos demandados no acreditaron el cumplimiento al deber de información.

## **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 y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 15 de

febrero de 1955 (fl. 13); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde el 25 de agosto de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1999 (fl. 18); **iii)** que realizó cotizaciones a CAJANAL entre el 9 de mayo de 1983 y el y el 9 de junio de 1984 y del 1° de julio de 1992 al 9 de enero de 1993 (fls. 23 y 26); **iv)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR el 12 de noviembre de 1999 (fl. 183); **v)** que el 11 de julio de 2000 se trasladó a la AFP COLFONDOS y el 7 de diciembre de 2001 se trasladó nuevamente a la AFP PORVENIR (fl. 150 y 183 vto.); **vi)** que el 13 de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 14 a 17).

- **Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso Concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor DORIAN ROGER BROCHADO BERMUDEZ se trasladó a la AFP Porvenir el 12 de noviembre de 1999 (fl. 183), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 16:13) pues éste solo refirió que leyó el formulario de afiliación pero no le brindaron ningún tipo de información referida a las ventajas o desventajas de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Porvenir en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019), y por ello no procede la revocatoria de esta condena en los términos planteados por las AFP demandadas en el recurso.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las **AFP PORVENIR** y **COLFONDOS** deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado en cada uno de dichos fondos, tal como lo definió la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado

sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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 se declara no probada.

Finalmente, frente a la condena en costas que la demandada COLFONDOS solicita que se revoque, basta remitirse al contenido del artículo 365 del CGP que en su numeral 1° dispone la procedencia de este estipendio en contra de la parte que resulta vencida en el proceso, y no condiciona la causación de éstas al actuar o forma de vinculación de la parte al proceso, razón misma por la que no procede imponer esta condena a COLPENSIONES, pues la orden definida para esta entidad en la sentencia es consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías

judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores 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.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0096-2020**

**Radicado N° 17-2018-00301-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2019, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante con su afiliación a **PROTECCIÓN**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, ordenó a **PROTECCIÓN** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimiento, ordenó a **COLPENSIONES** el ajuste inmediato de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (fl. 139 a 140, 33:52 cd fl. 136).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 3 a 13).**

**CONSUELO PRIETO FRANCO** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la AFP

ING hoy **PROTECCIÓN**, en consecuencia, ordenar a dicha AFP a trasladar las sumas actualizadas y a **COLPENSIONES** a recibir y afiliarse a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad, costas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 18 de enero de 1984, cotizando un total de 406,43 semanas; que en el 1° de septiembre de 1997 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; luego, el 22 de mayo de 2018 solicitó traslado de régimen al RPM ante la AFP, petición que también solicitó el 15 de mayo de 2018 ante **COLPENSIONES**. Por último, indicó que a febrero de 2018 acreditó 1311,72 semanas.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS y que solicitó su retorno al RPM. Afirmó que no le consta ningún hecho relativo a la AFP demandada; señaló que el traslado al RAIS fue válido porque se efectuó conforme a derecho, por lo cual debe el demandante acreditar el presunto vicio en el consentimiento que alegó, quien además no cumple los requisitos para retornar al RPM en cualquier tiempo. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fl. 43 a 65).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado al RAIS y afiliación a la AFP, así como que solicitó su retorno al RPM. Indicó que brindó una completa y adecuada asesoría sobre las consecuencias del traslado de régimen, luego de lo cual la demandante

de forma libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación, sin que acredite ningún vicio en el consentimiento, por otra parte, la demandante realizó aportes voluntarios cuantiosos y recibió una asesoría en agosto de 2014 sobre rentabilidad de productos y en mayo de 2016 se suscribió al plan de alternativas cerradas de inversión, fruto de la adecuada asesoría que recibió sobre el RAIS, además, no cumple los requisitos para su retorno al RPM en cualquier tiempo. Interpuso las excepciones de declaración libre y espontánea de la demandante al momento de afiliación a la AFP, buena fe de la AFP, inexistencia de perjuicio, prescripción y la genérica (fl. 100 a 109).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 139 a 140, 33:52 cd fl. 136)**

El 13 de septiembre de 2019 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, obro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas en la forma advertida en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: DECLARAR que la afiliación de la Sra CONSUELO PRIETO FRANCO, identificada con la C.C. 51.688.401, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos.*

*TERCERO: DECLARAR que la demandante, Sra CONSUELO PRIETO FRANCO, se encuentra debidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esa entidad tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.*

*CUARTO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. trasladar COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante a ese régimen, tales como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, todo con sus frutos y rendimientos según las consideraciones expuestas.*

*QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en su historia de semanas de la historia laboral para efectos del conteo de semanas a que haya lugar.*



**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A. *En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$800.000 M/Cte.*

**SÉPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA** a favor de COLPENSIONES. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la procedencia de declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS y en consecuencia de tener como única afiliación válida la correspondiente al RPM.

Para resolver indicó que la demandante acreditó que se afilió al ISS en 1984 y que el 1° de noviembre de 1997 se vinculó a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN**, sin que sea beneficiaria del régimen de transición pensional, por lo cual no puede alegar válidamente la pérdida de dicho beneficio para cuestionar el traslado de régimen, sin embargo, llevaba 9 años de cotizaciones en el RPM, circunstancia que no podía ser desconocida por los asesores de la AFP al momento de brindar asesoría adecuada y eficiente, pero la AFP no allegó siquiera el formulario de afiliación, sin que le indicaran los detalles sobre las condiciones que debía cumplir para conformar el derecho en el RAIS y que son diferentes a las del RPM, lo que le impidió conocer las condiciones para cuantificar el dinero a través de un capital, inclusive, de hacer aportes voluntarios y que es objeto de inversión, por ello, la AFP no acreditó la carga de la prueba del cumplimiento diligente de dicha obligación, que trasciende al buen consejo, por lo cual declaró la ineficacia del traslado y como única afiliación válida la del RPM, ordenó a la AFP trasladar los valores que recibió durante la vinculación de la demandante, rechazó la excepción de prescripción y caducidad y condenó en costas a las demandadas.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar las condenas en su contra. Indicó que aceptar el retorno al RPM afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera, materializado en la restricción de retorno por edad, por cuanto a pesar de que la H CSJ estableció el

deber de buen consejo a las AFP, lo afiliados tienen derechos y obligaciones, sin que sea válido que la demandante use la ignorancia de la Ley para su beneficio, más aún cuando evidenció una total despreocupación pensional, por cuanto los elementos de prueba demuestran que si recibió asesoría y que no hubo vicio del consentimiento, siendo su único reproche el monto de su mesada, el cual es fijado conforme los parámetros del RAIS sin que ello implique una lesión injustificada o la ineficacia del traslado<sup>1</sup> (36:07 cd fl. 136).

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados

---

<sup>1</sup> Respetuosamente interpongo recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral para que revoque las condenas impuestas contra mi representada, porque debe atenderse como válido el traslado de la demandante al RPM se estaría afectando gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema, fundado en los principios de equidad e igualdad de quienes realizaron aportes, materializado en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, en la que se ya se encuentra inmersa la demandante, quien en la actualidad cuenta con 56 años de edad y si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia impuso el deber de buen consejo a cargo de las administradoras, también es cierto que los afiliados tienen deberes y obligaciones que nacen incluso de su calidad de ciudadanos, sin que pueda utilizar la demandante la ignorancia de la Ley como excusa, cuando usa su propia culpa para beneficiarse cuando demostró total despreocupación por su futuro pensional, si se analiza el material probatorio recaudado en esta instancia, es evidente que no existió omisión en la información ni un vicio en el consentimiento, sino que las pretensiones de la demandante se fundan en el monto final de su mesada pensional, circunstancia que depende de criterios variables, propios del RAIS; que no configuran una lesión injustificada en el caso concreto o la ineficacia del traslado como se declaró en la instancia, razón por la cual solicito a los honorables magistrados absolver a mi prohijada de todas las pretensiones y a su señoría conceder el recurso de apelación. Muchas gracias.

en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **CONSUELO PRIETO FRANCO** nació el 1° de mayo de 1963 (fl. 18); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 18 de enero de 1984 al 30 de junio de 1997, acumulando 406,43 semanas (fl. 28); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLMENA el 03 de septiembre de 1997, que se hizo efectiva el 1° de noviembre de 1997 (fl. 123), administradora que se fusionó con la AFP DAVIVIR originando la AFP SANTANDER en abril de 2000, que fue adquirida por la AFP ING, que fue absorbida por **PROTECCIÓN**, donde permanece afiliada, donde al 30 de diciembre de 2018 acumulaba 1350,29 semanas (fl. 119).

### - **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la declaración de la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante con su afiliación a **AFP PROTECCIÓN**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, ordenó a **AFP PROTECCIÓN** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimiento, ordenó a **COLPENSIONES** el ajuste inmediato de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el retorno de la demandante al RPM afecta al principio de sostenibilidad financiera expresado en la restricción de retorno por edad, así mismo, que la demandante obvió sus obligaciones y deberes con su total despreocupación pensional, sin que pueda alegar la ignorancia de la Ley a su favor, a la vez que se acreditó que si recibió asesoría y la ausencia de vicios del consentimiento, siendo el único reproche el monto de la pensión, que se fija según los parámetros del RAIS sin que ello implique lesión injustificada o la ineficacia del traslado.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 03 de septiembre de 1997, la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, por cuanto no se aportó prueba documental alguna en dicho sentido, incluso, no se allegó el formulario de afiliación, por

tanto, se infiere razonablemente que no se demostró que la AFP al momento del traslado de régimen pensional cumpliera con su deber de brindar una asesoría completa, oportuna y comprensible sobre todas las características de cada régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que la demandante **CONSUELO PRIETO FRANCO** solicitó ante la AFP SANTANDER reclamación de bono pensional en 2001 (fl. 107), que realizó el 30 de julio de 2010 un aporte al fondo de pensiones voluntarias de AFP ING de \$5.300.000 (fl. 108) y que actualizó sus datos para dicha modalidad en febrero de 2011 (fl. 109), realizando otro aporte a pensiones voluntaria el 1° de abril de 2013 por \$3.500.000 (fl. 110), inclusive, recibió una asesoría financiera por parte de la AFP en agosto de 2014 para la administración de objetivos de sus pensiones voluntarias (fl. 111 a 112) y que finalmente realizó un aporte de \$50.000.000 durante su vinculación al plan de alternativas cerradas en mayo de 2016 (fl. 113).

A pesar de lo anterior, en ninguno de los precitados documentos observa esta Sala que se hubiera dejado constancia de la realización de alguna asesoría a la demandante indicando los efectos de cada uno de los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas, al punto que la asesoría financiera de 2014 se limitó a aspectos técnicos de inversión y no a los aspectos pensionales, como se acredita del hecho que no se marcó ninguna de las opciones de asesoría pensional (fl. 111 a 112). Así mismo, los aportes a pensiones voluntarias deben ser interpretados conforme lo indicó la demandante en su interrogatorio, en donde siempre los reconoció como un ahorro para la adquisición de vivienda.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **AFP PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **AFP PROTECCIÓN**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

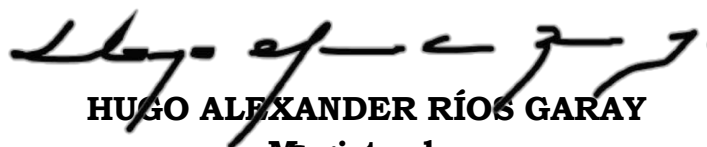
**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral octavo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado.**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**

ACLARO VOTO

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0111-2020**

**Radicado N° 20 2018 00220 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, contra la sentencia proferida el 8 de agosto de 2019, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de saldos de aportes y bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

De manera subsidiaria solicita que se condene a Porvenir a reconocer la pensión de vejez.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 5 de octubre de 1961, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 9 de junio de 1988 y cotizó a dicha entidad hasta el 1° de febrero de 2001, que el 1° de febrero de 2002 se trasladó al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A. Aduce que al momento de efectuar el traslado de régimen el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, por el contrario fue desinformada en cuanto le dijeron que el valor de su mesada pensional sería más alto que el RPM. Dice que solicitó a Colpensiones información sobre la procedencia de su regreso al RPM el 3 de abril de 2018 y ésta no fue resuelta, que el 2 de abril de 2018 solicitó a Porvenir el traslado inmediato a Colpensiones y dicha entidad negó la solicitud.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, la vinculación inicial de la demandante con ISS y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (fls. 74 a 84).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó únicamente aceptó el relacionado con la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de

prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, compensación y buena fe (fls. 34 a 45).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 8 de agosto de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones la totalidad de saldos de aportes y bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al ahorro individual con solidaridad efectuado a la señora ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL a la sociedad AFP Horizonte hoy Porvenir el 1 de febrero del año 2002 conforme lo considerado anteriormente. **SEGUNDO:** Declarar como única aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. **TERCERO:** Ordenar a la sociedad Porvenir S.A. devolver la totalidad de saldos por aportes y bonos pensionales girados a su favor por concepto de cotizaciones pensionales de la pensionada ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL, junto con los rendimientos financieros causados con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y a su emisor correspondiente según haya decidido emitir el bono. **CUARTO:** Condenar en costas a la demanda en costar a favor de la señora ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL; tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente de 2 SMLMV. **QUINTO:** Sea apelada o no la presente decisión, remítase para el Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en tanto fue condenada COLPENSIONES el cual es garante de la nación al igual que el sistema general de pensiones.”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia

en el presente asunto, las AFP demandadas debían acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que el acto de traslado de régimen de la demandante es válido en cuanto no se acreditaron vicios del consentimiento, que además existe contradicción entre lo expresado en la demanda y lo manifestado por la testigo Claudia Velásquez, en cuanto en la demanda manifestó que había recibido la visita de asesores y la testigo dijo que la demandante recibió el formulario de afiliación en un sobre, dice además que esta decisión atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema.<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Interpongo recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y le solicito de igual manera a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior Sala Laboral, absuelva a mi representada Colpensiones de acuerdo a las siguientes consideraciones: Es importante resaltar que en el presente caso se demostró que la señora ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro con solidaridad al haber suscrito el formulación de inscripción de manera libre y voluntaria, esta voluntad se vio ratificado por el hecho de que la demandante permaneció en el régimen por más de 10 años entendiéndose así su deseo de que su pensión estuviera regida por las características propias de este régimen al serle más favorable, también es importante señalar que la decisión que se tomó dentro de este proceso resulta ser contradictoria con un principio que ha sido catalogado como constitucional el cual hace referencia a la sostenibilidad financiera, se reitera que cualquier decisión que se tome a futuro tiene que ser en pro en salvaguardar los recursos limitado del mismo, en consecuencia, permitir que la demandante ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL quien no ha cotizado a mi representada por más de 10 años y que no fue tenida en cuenta al momento de efectuar el cálculo actuarial para conocer a futuro una futura mesada pensional en el régimen administrado por mi representada y permitirle su retorno a él régimen de prima media generaría una afectación directa a los recursos del Fondo, más aun cuando la Corte Constitucional en las sentencias que se citaron el contestación de la demandada hace que se genera una posible descapitalización del fondo común poniendo así en riesgo la garantía constitucional de pensiones a las personas que si han estado continuamente cotizando. Por lo tanto, esta decisión se retira en permitir la afiliación de la demandante generaría justa descapitalización estaría en contradicción del principio de sostenibilidad financiera del sistema, así mismo se pone de presente a los Honorables magistrados la contradicción que se presentó dentro proceso toda vez que en los hechos 2 al hecho 21 se alegó que la demandante recibió la visita de uno de los asesores de la AFP Horizonte, pero en el testimonio de la sra. CLAUDIA VELASQUEZ se manifiesta lo contrario, pues la testigo declaró que la demandante recibió el formulario de afiliación en un sobre que le fue enviado de su empleador, por lo que no puede haber injerencia alguna de algún asesor de la AFP aquí demandada, por lo tanto esta contradicción presenta que no se demostró que hubo algún vicio del consentimiento y por lo tanto no debería declararse la nulidad de la afiliación de la demandante; así mismo se le pone de presente a los Honorables Magistrados el deber que tenía la demandante como consumidora financiera tal como se decreta en el decreto 2555 del 2010 e informarse frente al productor que

La apoderada de PORVENIR presentó recurso de apelación y al efecto pide que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentarlo aduce que la demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de traslado, que no ejerció el derecho retracto y que para la época en que se efectuó el traslado de régimen no existía norma que exigiera dejar un soporte escrito de las asesorías, que además el error de derecho no vicia el consentimiento, pues las implicaciones del traslado de régimen están claramente señaladas en la ley, más aun cuando la demandante tiene la capacidad de decidir libremente sobre sus actos y aceptó haber recibido asesoría al momento del traslado.<sup>2</sup>

---

está adquiriendo, la demandante fue negligente en este punto y por lo tanto en este caso se entiende que desconoció la ley y sus obligaciones y por lo tanto este hecho tal y como lo ha señalado la corte constitucional generaría que se estuviera frente a un error de derecho el cual no vicia el consentimiento, finalmente se pone de frente que COLPENSIONES no tuvo injerencia alguna entre el contrato suscrito por la demanda y la AFP demandada y por lo tanto y en principio de la relatividad contractual no tendría por qué verse afectada por este contrato suscrito, se entiende que el contrato es ley para las partes y no debería afectar a un tercero como es el caso de mi representada, por lo tanto solicito a los Honorables magistrados que revoquen la decisión tomada en esta instancia y por lo tanto absuelvan a COLPENSIONES”

<sup>2</sup> Procedo a presentar recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir al despacho, solicitando a los honorables magistrados que la revoquen en su totalidad y en su lugar absuelvan a mi representada de Porvenir S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Fundamento y sustento mi recurso en los siguientes términos: Considero que como se ha venido reiterando a lo largo del presente proceso, en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión en el caso que nos ocupa no hay lugar a declarar la nulidad de afiliación pretendida, por cuanto existen un formulario de afiliación 1 de febrero de 2002 en que deja expresa constancia que su decisión fue tomada de manera libre y sin presiones y que adicionalmente recibió asesoría en cuanto a las implicaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y frente al derecho de retracto que le asistía dentro de los 5 años siguientes; es importante resaltar que para la época que se suscribió el traslado no existía norma alguna que exigiera dejar a soporte escritos adicionales al formulario de afiliación respecto a la asesoría brindada, el soporte era esa leyenda pre impresa en la cual la demandante impuso su firma, es importante resaltar que la demandante tal y como lo acepta en el escrito de demanda efectivamente recibió asesoría por parte de mi representada, luego al haber sido suscrito dicho formulario por la demandante que es una persona plenamente capaz, considero que debe darse pleno valor probatorio de la constancia expuesta que recibió asesoría, dejo claro que la obligación de la AFP surgió desde la ley 100 de 1993 pero el único soporte es el formulario de afiliación que de ninguna manera fue tachado de falso, es importante aclarar así mismo que en la medida que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y tenía expectativas de pensionarse, al contrario le faltaba como mínimo 19 años para ello es perfectamente posible que hubiera tomado la decisión libre una vez conociendo el régimen; así mismo su señoría reiteró que sobre especial relevancia el principio de derecho que habla sobre “la ignorancia de la ley no sirve de excusa” y el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento por cuanto las consecuencias del traslado se encuentran registradas en la ley, así mismo, debe tenerse en cuenta que a la medida que trascurrieron 15 años a partir del momento de la realización de la afiliación, cual nulidad que hubiese existido debe entenderse saneada por el transcurso del tiempo, tal y como se establece el código civil, de esta manera dejo debidamente sustentado mi recurso de apelación, solicitando a los magistrados revoquen en su totalidad la sentencia y en su lugar absuelvan a mi representada de Porvenir S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.



#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada con C.C. 51.713.048 y portadora de la T.P. 67612 del C.S.J., a quien se tiene como apoderada sustituta de dicha entidad.

La referida apoderada presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que la demandante esta incurso en una prohibición legal para regresar al RPM y la decisión de primera instancia va en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado de PORVENIR presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

#### **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 y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 5 de octubre de 1961 (fl. 14); **ii)** que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones entre el 9 de junio de 1988 y el 31 de marzo de 1999 por un total de 296.71 semanas (fls. 86 a 88); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Horizonte (hoy Porvenir S.A.) el 1° de febrero de 2002 (fl. 49); **iv)** que el 2 de abril de 2018 solicitó a Porvenir la nulidad del traslado de régimen, solicitud que fue negada (fls. 15 y 17); **v)** que el 3 de abril de 2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta no fue resuelta (fl. 22).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ESPERANZA JIMENEZ ESPINEL se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 1° de febrero de 2002 (fl. 49), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del testimonio rendido por CLAUDIA CONSTANZA VELASQUEZ (CD. 3 min. 16:28), pues ésta solo manifestó constarle por esta presente en el momento que ocurrió, que la demandante recibió en el lugar donde ingresaba a laborar un sobre con unos documentos donde se encontraba el formulario de afiliación al Fondo de Pensiones y que en ese momento no vio que se hiciera presente asesor alguno para que le diera información sobre dicho documento. Frente a la contradicción que aduce la demandada Colpensiones en el recurso, la Sala dirá que no tiene incidencia alguna la manifestación de la testigo, pues tanto lo expuesto en la demanda como lo expresado en la diligencia nada relevante aportan a la controversia.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Porvenir en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere

brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Dado que el juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral tercero de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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 se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos. **ORDENAR** a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores 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.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**  
ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0097-2020**

**Radicado N° 24-2018-00340-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 04 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, ordenó a dicha AFP trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que recibió con ocasión de la afiliación de la demandante, con sus frutos, intereses y gastos de administración y condenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante y actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros la AFP y se abstuvo de condenar en costas (fl. 110 a 111, 58:54 cd fl. 102).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 5 a 15).**

**CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA** solicitó declarar la nulidad del traslado de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a **PROTECCIÓN**, en consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** a tener a la demandante como afiliada al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se trasladó a **PROTECCIÓN** el 16 de junio de 1998, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; de otra parte, señaló que acumula un total de 1506 semanas y que nació el 14 de marzo de 1967 y que cumplirá los 57 años en 2024, realizando la AFP una proyección pensional que arrojó un valor de mesada inferior al que recibirá en el RPM. Informó que el 24 de abril de 2018 presentó reclamación administrativa solicitando la nulidad de su traslado pensional, solicitud que no contestó **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Acepto los hechos relativos al traslado de régimen de la demandante y su edad. Indicó que al momento del traslado de régimen pensional no era posible realizar una proyección de un monto pensional en el RAIS; por tratarse de un hecho hipotético respecto del cual la demandante no contaba con la suficiente densidad de semanas para determinarlo, por lo que la inconformidad que expone la demandante al comparar el valor de la mesada en ambos regímenes no acredita la falta de asesoría, sin que un error de derecho vicie el consentimiento conforme indica el artículo 1509 CC. Interpuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la innominada o genérica (fl. 49 a 57).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado de régimen de la demandante, su edad,

el total de semanas que acumula y que efectuó una proyección pensional. Indicó que en virtud del principio de presunción de buena fe, es posible inferir que la información y asesoría que se brindó a la demandante lo fue conforme a la normatividad vigente para entonces, por cuanto sus asesores están capacitados para informar las características de cada régimen y sin que entonces hubiera sido posible realizar una proyección pensional ya que no se contaba con la suficiente información para ello, sin que la demandante acredite de forma contundente la ausencia o indebida asesoría y sin que pueda válidamente alegar su propia negligencia ya que el desconocimiento de la Ley no la exonera de las consecuencias del traslado de régimen, el cual es válido porque se efectuó de forma libre y voluntaria, sin que pueda retornar válidamente al RPM por la restricción de edad, en todo caso, cualquier eventual nulidad se saneó por el paso del tiempo, sin que hubiera manifestado ningún reparo durante su permanencia en la AFP. Interpuso las excepciones de inexistencia de nulidad por ausencia de vicio del consentimiento, prescripción, validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que puede regresar al RPM y la genérica (fl. 75 a 81).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 110 a 111, 58:54 cd fl. 102)**

El 04 de septiembre de 2019, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA identificada con C.C. 51.956.363 de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. suscrita el 16 de junio de 1998, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA identificada con C.C. 51.956.363 nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la*

**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA identificada con C.C. 51.956.363, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**CUARTO: ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA identificada con C.C. 51.956.363, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

**QUINTO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción.

**SEXTO: SIN CONDENAS EN CONSTAS EN LA INSTANCIA.**

**SÉPTIMO:** En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si procede la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS y si en consecuencia procede el cambio del RAIS al RPM administrado por COLPENSIONES y el traslado de todos los aportes y sus rendimientos a esta última.

Para resolver indicó que el 1º de abril de 1994 aparecieron dos regímenes pensionales, cuya elección es libre conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, mientras que el traslado entre ellos solo puede efectuarse cada 5 años y la Ley 797 de 2003 estableció que un año luego de su vigencia no se podrían trasladar a quienes les faltaran 10 años para la edad de pensión. Así mismo, la H. CSJ indicó que al momento de un traslado de régimen las administradoras deben brindar información completa y comprensible al afiliado lego, prudente y proporcional a las consecuencias mayúsculas de la elección del régimen pensional, además, la H. CSJ señaló que la ausencia de información invalida la afiliación y que es la AFP quien debe acreditar el cumplimiento diligente de dicho deber, ya que el engaño no es solo por lo que se dice sino por lo que se calla, obligación que asumieron las AFP desde su creación conforme la sentencia SL1688 de 2019,

deber que no acreditó **PROTECCIÓN**, ya que no demostró la calidad de la información que brindó el 16 de junio de 1998 y si bien las condiciones de la demandante cambiaron, no demostró que le expuso las características de cada régimen a fin que adoptará una decisión informada y si bien le envió un correo solicitando información para validar si deseaba trasladarse a **COLPENSIONES** y que en abril de 2005 atendió a la demandante, ello no prueba que en dicho momentos le brindó asesoría, por tanto, no se puede inferir que cumplió de forma diligente su deber de buen consejo, por lo cual declaró la ineficacia del traslado, lo que le priva de todo efecto jurídico y por ello declaró que la demandante siempre permaneció en el RPM, ordenó a la AFP trasladar los fondos y rendimientos a **COLPENSIONES**, incluidos los gastos de administración, no declaró la prescripción porque la pretensión de ineficacia del traslado es imprescriptible y no condenó en costas.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia y absolver de las pretensiones. Indicó que cumplió las exigencias legales exigibles al momento del traslado, en especial con el formulario de afiliación, luego de lo cual hizo un seguimiento y le advirtió a la demandante sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de que le aplicara la prohibición de traslado por edad, frente lo cual ella demostró el único interés de continuar la relación al punto que solicitó su bono pensional y validó su historia laboral allí consignada, por tanto, la demandante no puede desconocer el deber de conocer la Ley; así mismo, adoptar la sentencia conforme jurisprudencia que fue emitida con posterioridad a la celebración del negocio jurídico afecta el equilibrio de las partes en litigio y, en todo caso, las sentencia que imponen la favorabilidad del lado del afiliado y la inversión de la carga de la prueba solo aplican a personas que cumplen ciertas condiciones al 1º de abril de 1994, tanto en edad como en número de semanas cotizadas, las cuales no tiene la demandante, a quien se le dio un beneficio que no le corresponde. Por último, si la AFP actuó conforme la Ley tiene derecho a los gastos de

administración por el esfuerzo que realizó para incrementar el patrimonio de la demandante y si de todos modos se declara la ineficacia, entonces no se produce ningún efecto para ninguna parte y la demandante debe recibir sus aportes sin rendimiento y la AFP no cobrar los gastos de administración<sup>1</sup> (01:00:51 cd fl. 102).

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder a las pretensiones porque la AFP no le ofreció información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de su afiliación al RAIS, lo cual le impidió percatarse de las consecuencias de su traslado, sin que la AFP hubiera acreditado el cumplimiento diligente de dicho deber de información. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA, identificada con C.C. 52.938.149 y portadora de la T.P. 282.206 del C.S.J., a quien se le reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien

---

<sup>1</sup> Gracias señora Juez. Me permito presentar apelación del fallo que acaba de emitir su Despacho con el propósito de la revocatoria por parte del Superior. Bástame para ello insistir en lo dicho al presentar los alegatos de conclusión en mi instancia, relativo a que la administradora que representó cumplió con las exigencias legales del momento sin que en ningún momento hubiera trasgredido sus obligaciones impuestas por esa normatividad, que entraron justamente a regir y reglamentar la situación pensional de las personas, entre otras la hoy demandante. La administradora cumplió con el formulario de afiliación en lo referido y si bien allí no contiene toda la información que luego fue exigida por las distintas posiciones y pronunciamientos jurisprudenciales, si se tiene lo que en su momento exigía la Ley, por lo cual la administradora no solo cumplió con eso sino que luego hizo un seguimiento de su actividad, lo que se traduce por ejemplo en haberle advertido a la señora y haberle escrito para prevenirla respecto de la situación legal y posibilidad de retornar y la prohibición de hacerlo cuando superar los 57 años de edad, y ella a su turno mostro el único intereses dentro de la relación autorizando la emisión de su bono pensional y la conformidad con la historia en ella consignada, entonces, yo creo que lo fundamental está aquí en el cumplimiento de la Ley y en la trasgresión por parte de la hoy demandante de la disposición legal que impone la obligación de conocer la Ley y ceñirse a sus preceptos y obligaciones, porque donde la Ley no distingue no le está dado al interprete distinguir. De forma tal que al ser una disposición como la que se ha tomado en la parte resolutive con base en jurisprudencia que han sido emitidas con posterioridad a la celebración del negocio jurídico, es tanto como desajustar el equilibrio que debe existir entre las partes en un proceso, porque reitero que las sentencia que hacen alusión con el traslado de la carga de la prueba y una circunstancia de favorabilidad con el afiliado tienen que ver con personas que tenían ciertas condiciones al 1° de abril de 1994, tanto en edad como en número de semanas cotizadas, que son exactamente las que no tiene la señora, es decir, se le está dando un beneficio que no ha sido dado por la Ley ni por la jurisprudencia que se han tenido como soporte de la decisión que se toma. De otro lado, consecuencia lógica de lo que estoy diciendo, la Administradora actuó conforme la Ley, luego tiene derecho a ganarse lo correlativo legalmente hablando en términos de administración, debido que hizo un esfuerzo para mantener el capital de la señora hoy afiliada y que produjera un rendimiento que agrandara su patrimonio, si no vamos al punto de ineficacia y de que no se produce ningún efecto jurídico, entonces donde cabe una misma razón cabe un mismo derecho, entonces si no se produce ningún efecto para la administradora tampoco para la afiliada, entonces la señora debe llevarse su dinero sin rendimiento y o sin gastos de administración, una de dos, para que el asunto torne un equilibrio, porque si no produce efecto no produce rendimientos y si no la administradora debe quedarse con lo invertido en los gastos de administración para que haya un equilibrio dentro de lo que es el proceso. Estos son mis motivos de inconformidad, solicito me sea concedido el recurso de apelación y a los magistrados que estudien lo que se han planteado de esta manera.

solicitó revocar la sentencia ya que la demandante se trasladó del RPM al RAIS de forma voluntaria, está bajo la prohibición de traslado por edad, el error que existió fue de derecho y se subsanó por el paso del tiempo y además no procede el traslado en cualquier tiempo conforme la sentencia SU130 de 2013. Finalmente, el apoderado de **PROTECCIÓN** solicitó acceder al recurso de apelación, toda vez que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, se afilió al RAIS de forma válida conforme los requisitos exigidos en el Código Civil, la AFP actuó conforme la Ley, siendo fundada la sentencia con jurisprudencia posterior al negocio jurídico, al punto que se le impidió percibir los gastos de administración que causó con el ejercicio legítimo de su actividad, sin que sea válido excusar a la demandante de su deber de diligencia y cuidado permitiéndole alegar un presunto engaño muchos años después desconociendo pese a que nunca actuó con el cuidado de un buen padre de familia.

## 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.



## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA** nació el 14 de marzo de 1967 (fl. 9); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 04 de septiembre de 1989 y el 30 de junio de 1998, acumulando 320,14 semanas (fl. 59); **iii)** la demandante se trasladó desde el RPM hacia el RAIS, suscribiendo formulario de afiliación a **PROTECCIÓN** el 16 de junio de 1998 (fl. 82), siendo efectiva el 1º de agosto de 1998 (fl. 88), AFP a donde permanece vinculado y donde acumula 900,71 semanas cotizadas al 19 de noviembre de 2018 (fl. 83).

### - **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1º de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

## **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado pensional de la demandante a través de su afiliación a **PROTECCIÓN**, ordenó a dicha AFP trasladar a **COLPENSIONES** los valores que recibió por la afiliación de la demandante, con sus frutos, intereses y gastos de administración, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante y actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros la AFP y se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado de **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia y absolver de las pretensiones. Indicó que la AFP cumplió las exigencias legales vigentes a la fecha del traslado, le hizo seguimiento al caso al punto de advertir a la demandante la posibilidad de retornar al RPM antes de la restricción de traslado por edad, frente lo cual ella demostró interés en solicitar el bono pensional, sin que pueda posteriormente desconocer la Ley a su favor. De otra parte, señaló que rompe el equilibrio de las partes aplicar jurisprudencia posterior al negocio jurídico de traslado, así mismo, que la demandante no cumple los requisitos de edad y semanas cotizadas para beneficiarse de las mismas. En todo caso, señaló que, en caso de declararse la ineficacia, el traslado de régimen no produce efectos para ninguna parte, por ello, la demandante debe recibir sus aportes sin rendimiento y la AFP no cobrar los gastos de administración.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por

medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PROTECCIÓN** el 16 de junio de 1998 (fl. 82), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, por cuanto la única prueba que se allegó fue el formulario de afiliación inicial, que por sí solo no demuestra el cumplimiento de dicho deber, por tanto, se infiere razonablemente que no se demostró que la AFP al momento del traslado de régimen pensional cumplió con su deber de brindar una asesoría completa, oportuna y comprensible sobre todas las características de cada régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que la demandante **CLAUDIA JEANNETTE VIATELA OLAYA** el 03 de agosto de 2003 solicitó la emisión de su bono pensional (fl. 91), sin embargo, tal solicitud no acredita que hubiera recibido la adecuada asesoría y consejo por parte de la AFP para conocer las características de cada régimen pensional, ventajas, desventajas, riesgos y beneficios de permanecer en el RAIS, por lo cual tal documento no puede equipararse a la prueba de una asesoría completa. De otra parte, respecto de la impresión del correo electrónico que remitió la AFP (fl. 89 y 90), en la misma no se indica la fecha de emisión ni que el presunto email resaltado corresponde al correo electrónico personal de la demandante, lo cual le resta toda eficacia probatoria.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreado para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimiento de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de las AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido

en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral octavo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO  
  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado. ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. (NULIDADES) Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0117-2020**

**Radicado N° 08-2018-00042-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 04 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR** y de los posteriores traslados de AFP, en consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, sin descuento por gastos de administración y seguros provisionales, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas y ajustar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas (fl. 151 a 152, 01:06:33 cd fl. 150).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 4 a 24).**

**VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** solicitó declarar nulo e ineficaz su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR** y posterior traslado a **PROTECCIÓN**, en consecuencia, condenar la última AFP a trasladar el saldo de la CAIP y sus rendimientos a **COLPENSIONES** y a ésta a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de febrero de 1962; que se afilió al extinto ISS el 1° de septiembre de 1988; que el 12 de abril de 1994 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que posteriormente se trasladó a **PROTECCIÓN**, AFP que tampoco le brindó asesoría completa y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, omisión en la cual también incurrió el extinto ISS hoy **COLPENSIONES**. Señaló que el 15 de noviembre de 2016 **PROTECCIÓN** le proyectó una mesada de \$1.679.069, la cual en el RPM ascendería a \$4.063.411, por lo cual solicitó su retorno al RPM el 28 de diciembre de 2016, así como la nulidad de su afiliación ante **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, peticiones que fueron rechazadas. Finalmente, que **COLPENSIONES** indicó que desde 2012 realiza actividades para informar a sus afiliados sobre el traslado de régimen.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS, que negó la solicitud de retorno al RPM y que las actividades que desde 2012 realiza informando a sus afiliados sobre el traslado de régimen. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP, que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento ni deficiencia del deber de información y que no puede alegar su propia culpa a su favor. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y declaratoria de otras excepciones (fl. 62 a 67).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS y de AFP y que negó su solicitud de nulidad de afiliación. Indicó que conforme la prueba documental el traslado fue libre y voluntario, así mismo, señaló que al momento de su afiliación a **PROTECCIÓN** recibió debida asesoría y que siempre ha dispuesto canales para atender las inquietudes de la demandante, que las AFP adquirieron el deber de asesoría desde el Decreto 2555 de 2010, que no se demostró causal de nulidad, que el desconocimiento de la Ley no genera vicio del consentimiento, que el tiempo saneo cualquier eventual vicio y que no se cumplen los requisitos fácticos para aplicar las sentencias de la H. CSJ. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 92 a 108).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad de la demandante, el traslado del RPM al RAIS y negó su solicitud de nulidad de la afiliación. Indicó que previo al traslado brindó completa asesoría sobre el RAIS, sin que se acrediten las falencias que alegó la demandante, por tanto, su decisión sí fue informada y consciente, por cuanto también se realizó una completa asesoría cuando se trasladó de AFP, que no se acreditó ninguna causal de nulidad y que la demandante debe acreditar la cual que alega según el artículo 835 CCo, sin que apliquen las sentencias de la H. CSJ porque los supuestos fácticos de dichos casos son distintos al de la demandante. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 130 a 138).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 151 a 152, 01:06:33 cd fl. 150).**

El 04 de septiembre de 2019 el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la señora **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** efectuada el día 12 de abril de 1994 a la AFP Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que las afiliaciones realizadas al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad son ineficaces, es decir, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubieran existido.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y los dineros que se hubieren descontado por los seguros provisionales de invalidez y muerte, conforme lo considerado.

**CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** a aceptar todos los valores que retorne la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los respectivos ajustes en la historia pensional.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuestas por las demandadas, relevándose el estudio de los demás medios exceptivos conforme a lo considerado.

**SEXTO: SIN** condena en costas.

**SÉPTIMO: ENVIAR** el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Laboral, para que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta en caso de no ser recurrida por parte de Colpensiones. (…)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico si le asiste o no el derecho a la demandante a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentemente de los traslados de AFP, para establecer si **PROTECCIÓN** debe o no trasladar

todos los dineros de la CAIP y **COLPENSIONES** de recibirlos y reactivar la afiliación de la demandante.

Para resolver indicó que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció que la selección de régimen es libre y voluntaria, so pena de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, así mismo, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 estableció que las AFP deben brindar un servicio eficiente, eficaz y oportuna so pena de responsabilidad por los perjuicios que causen. La H. CSJ analizó la evolución del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y demás normas relacionadas con el deber de información y buen consejo de las AFP; determinando que estas desde su creación debían cumplir dicha obligación y que asumen la carga de la prueba de ese cumplimiento, que no se demuestra con el solo formulario de afiliación, so pena de ineficacia de la afiliación del traslado. Indicó que no hay prueba de que **PORVENIR** cumplió su deber de asesoría, tampoco **PROTECCIÓN**, a la vez que la demandante indicó que solo hasta 2016 entendió la decisión que tomó con la explicación de la asesora de **COLPENSIONES** sobre los dos regímenes y sus diferencias, además, la simulación pensional expone una clara lesión en el monto de la mesada, sin que los traslados de AFP convaliden el traslado inicial conforme la H. CSJ. Declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS y traslados de AFP, ordenó a **PROTECCIÓN** trasladar los recursos de la CAIP, sin ningún tipo de descuento por gastos de administración ni seguros provisionales, lo que debe recibir **COLPENSIONES** y reactivar la afiliación en el RPM. Negó la excepción de prescripción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PROTECCIÓN** solicitó revocar la prohibición para descontar gastos de administración y seguros provisionales contenida en el numeral tercero de la sentencia. Indicó que los descuentos por gastos de administración y seguros provisionales están consagrados en la Ley, para ambos regímenes, pagos que ya se causaron, el primero como contraprestación por la gestión diligente en el manejo del capital y que generó grandes rendimientos, mientras que el segundo se usó para proteger a la demandante de las contingencias por invalidez y

sobrevivencia, por lo que las restituciones mutuas del derecho civil amparan el derecho intereses, frutos y mejoras, así mismo, el derecho social protege las prestaciones causadas frente a la teoría de las restituciones completas, que en caso de aplicarse conllevaría que la AFP no pueda descontar gastos de administración ni seguros provisionales, pero que la demandante tampoco tenga derecho a los rendimientos<sup>1</sup> (01:09:48 cd fl. 150).

---

<sup>1</sup> Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser dictada en esta sentencia, con el fin de que se modifique la sentencia impugnada en el numeral tercero en cuanto la condena a PROTECCIÓN S.A. que ordenó reintegrar o no efectuar ningún descuento por el valor de gastos de administración o seguros provisionales que se efectuaron a lo largo de la afiliación de la demandante con mi representada. Se sustenta el recurso en que hay que recordar que la comisión de administración la cobran las AFP por administrar los aportes que le ingresan a la cuenta de ahorro individual, de cada aporte del 16% del IBC que realizó la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP descontó un 3% para cubrir los gastos de administración y pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que aplica tanto al RAIS como al RPM. Durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la AFP, mi representada administró los dineros que se colocaron en su CAIP, con la mayor diligencia y cuidado porque Protección al ser entidad financiera es experta en la inversión de recurso de propiedad de sus afiliados, originalmente dicha gestión de administración se ve evidencia en los buenos rendimientos financieros que genero la CAIP de la demandante, por lo tanto, no es procedente ordenar la devolución de lo que mi representada descontó por concepto de administración, porque se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta individual de la demandante, descuento que se realizó conforme la Ley y como contraprestación a la gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Lo anterior se concluye en establecer que si bien el artículo 1746 CC que habla de los efectos de la declaratoria de la nulidad en los siguientes términos: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”, en este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia aquí declarara es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende, ninguna de las AFP, incluida PROTECCIÓN debía administrar los recursos de la CAIP de la demandante, por tanto, los rendimientos que generó dicha gestión no se causaron, tampoco se generó la comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 CC habla de restituciones, furtos y el abono de mejoras, con base en ello, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que el contrato nunca existió, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, por eso el fruto y mejora del afiliado son los rendimientos de la CAIP pro la buena gestión de la AFP, y el fruto y mejora que obtiene la AFP es la comisión de administración, que debe conservar porque fue útil para incrementar el patrimonio de la afectada. Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas, que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos con derecho laboral y de la seguridad social porque si se aplica en estricto sentido la teoría del derecho privado con una restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubiere dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debería devolver los rendimientos de su cuenta de ahorro individual a la AFP y esta devolver la comisión de administración al afiliado, ya que si la comisión nunca se pudo descontar tampoco nunca pudo haber existido rendimientos sobre las cotizaciones. La teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la H. CSJ en la Sala Laboral en sentencia radicado 81389 del 9 de septiembre de 2008, MP Héctor Eduardo López Villegas, cuando manifestó que: “las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva, como lo determina la normatividad del derecho privado, que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante las restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubiere dado o recibido, ha de valer tutelar y preservar situaciones consolidadas, porque en el ámbito del derecho laboral ora el del derecho social”. Finalmente solicito tener presente honorables Magistrados que la condena impuesta ordenando retornar los gastos de administración constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, porque recibiría los rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer ni pagar el pago por la gestión realizada, lo que implica una interpretación que no esta conforme con la constitución ni con la Ley, afectando el patrimonio de mi representada y vulnerando el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia por la falta de prueba del cumplimiento del deber de asesoría y buen consejo de las AFP demandadas. La demandada **PORVENIR** otorgó poder a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con C.C. 1.037.608.320 y portadora de la T.P. 242.706 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto indicó que brindó la adecuada asesoría para que la demandante tomará la decisión informada de traslado, que resulta desproporcionada la inversión de la carga de la prueba, que el deber de información debe ser exigido según las normas vigentes al traslado, que no exigían documentar la asesoría en el caso

---

una de las dos partes del contrato que fue declarado ineficaz, el cual fue suscrito de buena fe por mi representada. En mérito de lo expuesto se solicita al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que modifique el numeral 3 respecto al reintegro y no permitir a PROTECCIÓN S.A. descontar el valor de lo que se hizo por gastos de administración, porque no hay causa jurídica ni fáctica para no hacerlo, por lo que se estaría desconociendo el trabajo que realizó mi representada, vulnerando a la AFP al impedir las restituciones mutuas con rendimientos, frutos y mejoras y a la igualdad de trato en una relación contractual, máxime si se tiene en cuenta que no fue PROTECCIÓN S.A. la AFP que llevó a cabo el traslado de régimen pensional de la demandante. Ahora, para referirme a que no se autorizó el descuento por seguros previsionales, se debe recordar que del 3% que se descuenta al afiliado, también un porcentaje va al pago del seguro provisional, a su turno el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 estableció las condiciones para operar los seguros que contraten las administradoras para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, así mismo, el Gobierno Nacional con el Decreto 876 y 1261, ambos de 1994, fijó las reglas particulares aplicables al seguro de invalidez y sobrevivencia, respecto de los cuales la Superintendencia Financiera impartió instrucciones a través del capítulo II numeral 3.2 de la Circular Externa Básica 007 de 1996, de las normas enunciadas se infiere que la prestación a cargo de las aseguradoras en el RAIS constituye un complemento de las pensión de invalidez y sobrevivencia, en la medida que se concreta al pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de pensión por estos dos conceptos, y para que la aseguradora pague dicha suma, mes a mes, la AFP le paga un seguro provisional proveniente de las cotizaciones del afiliado, así las cosas, condenar a mi representada a no poder descontar los dineros destinados a estos seguros provisionales y trasladarlos a Colpensiones, solo será procedente respecto de los valores de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos generados por la buena gestión, pero no es procedente que no se permita descontar los dineros correspondientes al seguro provisional, ya que ese porcentaje ya fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, que es un tercero de buena fe. La Sala Civil de la H. CSJ se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe cuando se declarar la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: “de todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden constituirse legítimos intereses en la situación aparente por parte de los terceros de buena fe, porque terceros que no se pueden ver perjudicados por el negocio simulado, según la doctrina contemporánea, son los terceros de buena, los que obra con la confianza que se suscita de un derecho aparente y que no pudieron advertir de un error irreconocible para los que obran con cuidado y previsión, quienes se atienen a lo que entendieron o pudieron entender, vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no de los que están guardados en la conciencia de los demandantes”, en virtud de lo anterior, se solicita que mi representada no sea obligada a devolver el valor del seguro provisional, porque mensualmente se le descontó de su cuenta individual dicho seguro y se pagó a una aseguradora externa, para que en caso del siniestro de invalidez o sobrevivencia ésta pague la suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos, así mismo, el seguro provisional ya fue pagado y mi representada ya esta imposibilitada para recóbralo y devolverlo a COLPENSIONES, toda vez que la aseguradora es un tercero de buena fe y nada tuvo que ver en el contrato que se suscribió entre la demandante y PROTECCIÓN con el traslado de AFP. Así las cosas, dejo sentado mi recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados que se modifique el numeral tercero y en su lugar permita a PROTECCIÓN descontar los costos que efectuó por gastos de administración y seguros provisionales a lo largo de la afiliación de la demandante con mi representada..

bajo estudio, en todo caso, solicitó permitir el descuento por gastos de administración. La apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y portadora de la T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó revocar la sentencia por falta de pruebas de vicios del consentimiento, que recibió la asesoría adecuada por las AFP y que la demandante no demostró los supuestos de sus pretensiones. El apoderado de **PROTECCIÓN** solicitó acceder al recurso de apelación, alegando la improcedencia de prohibir el descuento de los gastos de administración y seguros provisionales, reiterando los argumentos del recurso.

## 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES



En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** nació el 15 de febrero de 1962 (fl. 14); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 1° de septiembre de 1988 al 31 de mayo de 1994, acumulando 197 semanas conforme su historia laboral (fl. 27); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 12 de abril de 1994 (fl. 140), el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 1994 (fl. 141); **iii)** la demandante se trasladó de AFP hacia la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 30 de octubre de 1998 (fl. 109), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1998 (fl. 129).

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

## **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR** y de los posteriores traslados de AFP, en consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, sin descuento por gastos de administración y seguros provisionales, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas y ajustar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado de **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la prohibición de descontar sumas por gastos de administración y seguros provisionales. Indicó que dichas sumas ya se agotaron conforme su finalidad legal, por tanto, procede su descuento porque el derecho civil ampara el derecho a intereses, furtos y mejoras, así mismo, el derecho social protege las prestaciones causadas frente a la teoría de las restituciones completas.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante

toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR** el 12 de abril de 1994 (fl. 140), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, llama la atención de esta Corporación que la demandante **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ**, durante en su interrogatorio, indicó que no recibió invitación alguna a una asesoría para conocer los aspectos de cada régimen, aspecto que solo le fue de presente hasta el 2016 en virtud de la asesoría de **COLPENSIONES**, sin que las AFP demandadas aportaran prueba que desvirtúe las afirmaciones de la demandante y que demuestre que sin brindaron una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes

pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**


**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación del demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral noveno 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado.**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado. ACLARO VOTO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





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

**S03-0098-2020**

**Radicado N° 23-2018-00204-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR** (fl. 145 a 146, 55:45 cd fl. 147).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 22 a 32).**

**RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a la AFP al pago de perjuicios causados, intereses moratorios y devolver al demandante al mismo estado que tenía antes de la afiliación, en subsidio, condenar a la AFP al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 26 de septiembre de 1976; que el 15 de febrero de 2002 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que el 30 de junio de 2017 solicitó a la AFP su traslado al RPM, entre otras peticiones, solicitud que fue negada.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP demandada, así mismo, que las pretensiones carecen de soporte jurídico y fáctico, sin que pueda retornar al RPM en cualquier tiempo, sin que existan vicios en el consentimiento porque el error de derecho no lo vicia y, además, las condiciones pensionales son de público conocimiento al estar reguladas en la Ley. Interpuso las excepciones de carencia de causa para demandas, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la innominada o genérica (fl. 42 a 51).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que ofreció un servicio óptimo y que el demandante solicitó su retorno al RPM y que negó dicha petición. Indicó que el demandante suscribió afiliación libre y voluntaria a la AFP, sin que para dicho momento existiera obligación de documentar la asesoría

previa a la afiliación, sin que por ello se pueda desconocer que brindó una completa y adecuada asesoría, así mismo, durante la afiliación informó sobre el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 mediante diarios de amplia circulación, siendo notoria su voluntad de permanecer en el RAIS por cuanto nunca presentó reparo alguno y lleva cotizando más de 18 años, sin que pueda alegar la presunta ignorancia de la Ley a su favor y sin que exista ninguna causal de nulidad o daño alguno por su permanencia en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica (fl. 67 a 97).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 145 a 146, 55:45 cd fl. 147)**

El 22 de agosto de 2019, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

***TERCERO: DECLARAR** que el señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.** hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por las razones expuestas.*

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

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**SEXTO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversar a **COLPENSIONES**. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la forma como se efectuó el traslado de régimen pensional del demandante para establecer la procedencia de declarar su nulidad o ineficacia y en consecuencias declarar que se encuentra afiliado al RPM y ordenar a la AFP la devolución de los dineros recibidos, así mismo, el demandante desistió de sus pretensiones subsidiarias.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, siendo un derecho del afiliado escoger de forma libre el régimen pensional, para lo cual es fundamental un consentimiento informado, conforme el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por su parte, el artículo 1604 CC indica que la prueba de diligencia de cuidado debe demostrarlo quien debió empleador, que en el caso es la AFP en virtud de su responsabilidad profesional. Afirmó que la H. CSJ estableció el deber de información y buen consejo de las AFP y la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, sin importar si existe una expectativa legítima o régimen de transición porque dichos deberes se exigen del acto de traslado en sí mismo, por tanto, si bien no era exigible una proyección, sin debía explicarse las características, ventajas y desventajas de cada régimen, también dejar claro cuánto dinero se necesitaba para causar una pensión en el RAIS, por tanto, al no acreditar la AFP una asesoría completa, declaró la ineficacia del traslado porque no hubo confesión del actor de que conoce de forma clara los aspectos del RAIS y además el formulario de afiliación por sí solo no demuestra el deber de buen consejo. En consecuencia, declaró que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, debiendo la AFP devolver los aportes, rendimientos y

gastos de administración, conforme los parámetros de la H. CSJ que indican que así sea con recursos propios se debe retornar todo lo recibido por la AFP, sin descuento alguno. Rechazó la excepción de prescripción porque la pretensión es declarativa de un estado jurídico y el derecho pensional es imprescriptible. Costas a cargo de la AFP.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar las condenas en su contra. Indicó que las pruebas demuestran que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, así mismo, la AFP durante los 18 años de vinculación realizó campañas de información a sus afiliados y ha dispuesto oficinas e instrumentos para exponer temas pensionales. Al momento del traslado, el actor solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, sin que demuestre que el asesor actuó con dolo o que lo forzó a la afiliación, sin que el error de derecho cause vicio de consentimiento y sin que pueda alegar a su favor el desconocimiento de la Ley, además, al momento del traslado no era posible determinar el monto de su mesada porque depende de muchos factores en el RAIS, así mismo, como persona intelectualmente estructurada fue capaz de sopesar los beneficios que le indicó el asesor para determinar si le convenía su traslado, decidió hacerlo y solo 18 años después cuando no cumplió su meta de ahorro alegó la presunta falta de información que no demostró. Cuestionó que si el principal motivo que alegó el demandante como causa de su traslado fue que se le dijo que el ISS acabaría, no explicó porque no solicitó su retorno si es notorio que lo reemplazo **COLPENSIONES**; además, el demandante relacionó en el formulario de afiliación a su hijos, lo que evidencia que conoce una característica propia del RAIS, así mismo, incurrió en falta de fidelidad procesal por las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio, mientras que la AFP esta cobijada por la presunción de buena fe de que suministró una adecuada información<sup>1</sup> (57:5 cd fl. 147).

---

<sup>1</sup> ): De manera respetuosa interpongo recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen el recurso en mención, me permito sustentarlo en los siguientes términos a nombre de mi representada. A los señores Magistrados les manifiesto que como se ha venido reiterando en muchas oportunidades por parte de mi representada en relación con la vinculación que hizo el demandante a Horizonte hoy Porvenir, la cual siempre hemos considerado por todo el

acervo probatorio que fue un acto valido en la medida no solo de que suscribió la solicitud de vinculación como traslado de régimen el 15 de febrero de 2000, de manera libre, espontanea y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría integral y completa que para la época en que se realizó el traslado era permitido para las AFP y en concreto para mi representada Horizonte hoy Porvenir, así es como adicional a lo anterior, Porvenir, a lo largo de los 18 años en los que la parte actora ha permanecido afiliada, mi representada se ha preocupado por realizar diversas campañas tendientes a mantener informados a todos sus afiliados, me refiero no solamente a las comunicaciones que se hayan generado de manera particular al hoy actor, sino además ha tenido acceso durante toda su permanencia en el RAIS a la red de oficina de mi representada y a todos los instrumentos y herramientas suministradas para que active de manera forzosa la investigación relacionada con el tema pensional, que en este caso se deja probado dentro del proceso que no se realizó por parte del actor. Es claro también señores magistrados que con fundamento en la información que en su momento registrada en la historia laboral del demandante, para el momento del traslado del régimen pensional la expectativa de pensión de él estaba lejana porque solo contaba con 42 años de edad y 601 semanas cotizadas, es decir, aun le faltaban como mínimo 20 años para alcanzar la edad reglamentaria en el RPM y 699 semanas para acceder a la pensión en el mismo régimen, teniendo en cuenta que en el año 2014 se aumentó en 2 años la edad de pensión, por lo que al momento del traslado solo tenía 11 años de cotizaciones conforme se registró en la historial laboral oficial del actor para dicha época, conforme las documentales de resumen de historial laboral y bono pensionales obtenidas del aplicado de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. También es importante mencionar que en este proceso no existe prueba alguna que desprenda que el asesor de mi representada actuó de manera dolosa o forzó al demandante para que suscribiera el formulario de afiliación, tampoco puede hablarse de ningún vicio por error de derecho conforme lo dispuesto en el Código Civil y por la H. Corte Constitucional en la sentencia C993-2006, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, lo cual ha venido reiterando el honorable Tribunal de Bogotá en sentencias proferidas el 16 de agosto de 2016 y el 5 de abril de 2017 y 24 de abril de 2018 y siguientes respectivamente, en las que decidió no declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS tras evidencias que no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento y reiterando que conforme el artículo 1509 el error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, es claro señores Magistrados y me quiero referir que no quedó probado ningún vicio del consentimiento y me refiero concretamente a la imposibilidad o poca posibilidad de engaño referente a la existencia de vicio de consentimiento referido al dolo y es que en el presente caso, consistiría en un presunto engaño al afiliado al realizarse el traslado del RPM al RAIS; lo que resulta absurdo porque la decisión de cambio de régimen, además de ser libre, espontanea e informada, para mi representada no era posible en la época del traslado poder establecer con certeza si la mesada pensional del demandante por este régimen sería o no inferior al del RPM, porque ello dependía de varios factores y en especial del comportamiento que el asumiera en cuanto al ahorro, aportes adicionales, entre otros, como lo señaló la honorable Corte Constitucional en la sentencia SU062 de 2010 donde manifestó: “existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el RPM”. Igualmente, señores Magistrados, queda en evidencia que el demandante era para el momento del traslado y lo sigue siendo una persona intelectualmente estructurada, recordemos que es docente universitario, ello no quiere decir por parte de mi representada que exigiere un conocimiento especializado, pero lo que si queda claro es que tenía la capacidad de sopesar en ese momento los beneficios sobre el traslado de régimen que le brindó el asesor para determinar si le convenia o no tomar esa decisión, entonces no resulta valido que luego de 18 años cuando evidenció que no logró cumplir los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen pretenda obtener la ineficacia de una afiliación legal aduciendo una supuesta falta de información y equivocación en la asesoría por parte de Porvenir, que como he reiterado jamás existió la falta de información o una indebida asesoría o engaño al momento del traslado de régimen. En suma, el demandante no puede alegar que no conocía la Ley en materia pensional, por cuanto es aplicable al caso que nos ocupa el principio general del derecho de que la ignoración de la Ley no sirve de excusa y en gracia de discusión, señores Magistrados, recordemos haciendo alusión a las respuesta obtenidas del actor en el interrogatorio de parte que se practicó, quedo en evidencia que una de las principales razones por las cuales decidió su traslado de régimen es precisamente porque decía que el seguro social se terminaría y que sus aportes estaban en peligro de pérdida, lo que resulta inexacto y negativo en la medida que lo que nos demostró el tiempo y lo que él pudo evidenciar a través de medios notorios, es que efectivamente que aparte de que si se terminó el Instituto de Seguros Sociales COLPENSIONES asumió la carga del ISS y que permanecían los aportes de los afiliados incólumes. Por estas razones, señores Magistrados, digo de manera respetuosa que todas la condenas impuestas a mi representada sean revocadas en su integridad por las razones que he venido exponiendo, además porque, refiriéndome concretamente a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a los que el Juez de primera instancia hizo alusión aparte de las demás condenas impuestas, resulta para esta representante de PORVENIR que sea tomado en cuenta el hecho de que mi representada durante toda la vida lo único que ha hecho es atender la normatividad legal de administración, de forma transparente y de buena fe de unos recursos, y que efectivamente sigue insistiendo que la asesoría prestada por parte de mi representada al momento del traslado, valga decir el año 2002, se pudo establecer que se facilitó de manera clara y eficaz, quiero hacer alusión a una de las características propias del RAIS, que si nos reportamos al formulario de ahorro del traslado, notamos que el actor realizó o, más bien, suscribió el nombre de dos de sus hijos, lo que prueba que cuando lo diligenció lo hizo a conciencia y que recibió una información relativa a los afiliados, que como dije en mis alegatos es una de las características propias del RAIS, que no son propias por supuesto del RPM. Por estas razones, señores

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., identificada con NIT 900.847.037, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con CC 1.020.786.735 y portadora de la TP 300.432 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, alegando la improcedencia de invertir la carga de la prueba a favor del afiliado conforme las sentencias C-086 de 2016 y T-422 de 2011, así como la mala fe del demandante y se negligencia y falta de intereses por su futuro pensional, quien omitió sus obligaciones como consumidor financiero de informarse sobre el producto, a la vez que el error de derecho no vicia el consentimiento conforme el Código Civil y la sentencia C-993 de 2006. Por su parte, la apoderada de **PORVENIR** solicitó acceder al recurso de apelación, por cuanto el actor se afilió de forma voluntaria e informada previa asesoría verbal de un asesor capacitados en temas pensionales, sin que para el 2002 se exigiera documentar la misma, permaneciendo el actor en el RAIS por más de 18 años sin reparo alguno y quien además no tenía una expectativa pensional cierta al momento del traslado, estando prescrito el derecho procesal de acción. Agotado el término, la parte demandante se abstuvo de presentar 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 inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

---

Magistrados, los invito de manera respetuosa de que sean revisadas en su integridad todas y cada una de las respuestas versus los hechos de la demanda, que dejan clara evidencia de la falta de fidelidad procesal en la medida que existen claras inconsistencias respecto de lo que se manifiesta en la demanda y lo que hoy el actor manifestó ante el Despacho en su interrogatorio de parte, que queda en evidencia que para PROVENIR ratifica la presunción de buena fe de la información dada al hoy afiliado al RAIS y que definitivamente deja en entre dicho que no hubiera recibido la información que el insiste no recibió por parte de mi representada. Repito agradezco que se revoquen todas las condenas impuestas a mi representada en su integridad.

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** nació el 09 de marzo de 1957 (fl. 11); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 26 de septiembre de 1976 al 29 de febrero de 2000, acumulando 172, 14 semanas conforme su historia laboral (fl. 58) y 659,57 semanas conforme la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 103); **ii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), que se hizo efectivo el 1° de abril de 2000 (fl. 99), administradora donde permanece afiliado.

### **- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem*



consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR**.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que se acreditó que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, que la AFP durante 18 años realizó campañas de información y dispuso canales para exponer temas pensionales, que solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, que no demostró ningún vicio en el consentimiento y no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, siendo imposible determinar el monto de la pensión a la fecha de traslado, no obstante lo cual el actor tuvo la capacidad intelectual de determinar que le convenía el traslado, siendo un hecho

notoria la existencia de **COLPENSIONES** pese lo cual no decidió retornar, incluso, dejó prueba de conocer los aspectos del RAIS porque relacionó sus hijos en el formulario y criticó las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que

un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba alguna de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** manifestó en su interrogatorio que en la reunión grupal, que precedió a su traslado de régimen, se le informó acerca del RAIS que tendría una cuenta individual y que tendría la libertad de escoger el monto y momento de su pensión, manifestaciones que guardan relación con las omisiones descritas en la demanda, en donde el actor manifestó la falta de información en cuanto el modo como se causa y liquida la pensión en el RAIS con base en un monto de capital necesario para generar el derecho pensional, sin que por su parte la AFP hubiera cumplido con su carga de la prueba de acreditar que contrario a lo afirmado por el actor si brindo una adecuada asesoría y consejo por parte de la AFP para conocer las características de cada régimen pensional, sus ventajas, desventajas, riesgos y beneficios de permanecer en cada uno de ellos.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.


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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





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

**S03-0100-2020**

**Radicado N° 09 2018 00 429 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**, contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUZ MARINA RINCON GARCIA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la

ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 17 de abril de 1965, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 5 de junio de 1984 y cotizó a dicha entidad hasta el 31 de diciembre de 1994 por un total de 480 semanas, que el 13 julio de 1998 se trasladó al RAIS administrado por ING hoy Protección y que con posterioridad el 1° de septiembre de 2004 se trasladó a Colfondos. Aduce que al momento de efectuar el traslado de régimen el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a Colpensiones su afiliación al RPM mediante solicitud del 9 de marzo de 2018 y ésta fue resuelta de manera desfavorable.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, y compensación (fls. 188 a 194).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y la respuesta dada a la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos (fls. 115 a 128).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, el traslado de régimen, y el traslado entre fondos de pensiones, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (fls. 153 a 177).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a Colfondos a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado del régimen realizado por la señora LUZ MARINA RINCÓN GARCÍA entre el régimen de prima media representado por el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por Protección S.A. el 13 de julio de 1998. **SEGUNDO:** Condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ MARINA RINCON GARCIA sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y se ordenara a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. **TERCERO:** se declara no probada las excepciones planteadas por la parte pasiva en sus contestaciones. **CUARTO:** Costas, serán a cargo de las 3 demandada, tócenase a 1 SMLMV las agencias en derecho.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, las AFP demandadas debían acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se

efectúo el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que no se puede endilgar responsabilidad alguna a la entidad, pues no tenía conocimiento de que el acto del traslado estuviera viciado de nulidad y que esta decisión atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema. Pide además que se revoque la condena en costas impuesta<sup>1</sup>.

La apoderada de COLFONDOS presentó recurso de apelación y al efecto pide que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentarlo aduce que la demandante no tenía la condición de beneficiaria del régimen de transición y además esta incurso en una prohibición legal que le impide regresar al RPM, dice que no se probó la existencia de vicio en consentimiento alguno y que de todas formas la accionante convalidó su traslado al realizar cotizaciones en dos fondos distintos durante más de 20 años sin que manifestara oposición o inconformidad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> “Me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá sala laboral solicitando se absuelva mi representada y se revoque la condena en costas, toda vez que no se puede endilgar responsabilidad derivada alguna de la actuación pasiva de mi representado, máximo cuando la misma no tenía como saber que se encontraba viciada la voluntad de afiliación a la hora de trasladarse, además, resultan gravosas de cara a la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones, razón por la cual, no es procedente condena en costas, por lo tanto solicito que se revoque dicha condena”

<sup>2</sup> Interponemos recurso de apelación con fundamento en la siguiente argumentación: primero, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 del 93 por el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia existente, segundo, existencia de prohibición legal del traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, toda vez que el demandante al interponer la demanda contaba con una edad de 55 años, en tercer lugar, no procedencia de la ineficacia, puesto que no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento al momento de la realización del traslado, y por ultimo debe someterse a consideración del despacho la teoría de los actos propios ampliamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional donde se establece que nadie puede ir en contra la conducta que ha realizado durante un periodo determinado de tiempo y en este caso el accionante después de haber realizado cotización en este régimen por más de 20 años ante dos administradores de pensiones totalmente diferentes hace que en virtud de la buena fe y la diligencia no se puede acceder a la declaratoria de la ineficacia, en esos términos dejo planteado mi recurso de apelación.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de COLFONDOS sustituyó poder al Dr. FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY, identificado con C.C. 1.023.929.755 y portador de la T.P. 313751 del C.S.J., a quien se tiene como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia aduciendo que el traslado de la demandante es válido y ordenar su regreso al RPM atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema.

#### **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 y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 17 de abril de 1965 (fl. 34); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 5 de junio de 1984 hasta el 31 de julio de 1998 (fls. 35 y 182); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colmena (Posteriormente ING Pensiones, hoy Protección S.A.) el 13 de julio de 1998 (fl. 103); **iv)** que el 20 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.(fl. 103 y 132); **v)** que el 9 de marzo de 2018 solicitó a Colfondos la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada (fls. 21 a 48); **v)** que el 9 de marzo de 2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 62 a 68).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ MARINA RINCÓN GARCIA se trasladó a la AFP ING (hoy Protección) el 13 de julio de 1998 (fl. 103), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 24:58), pues ésta solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación a Colmena porque trabajaba para ese grupo en ese momento y por una directriz de la compañía se dispuso que la totalidad de los trabajadores debían trasladarse al fondo de pensiones Colmena, dijo que no les dieron información alguna ni explicación sobre las implicaciones que tenía dicho traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Protección en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de



información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrino que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las **AFP PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al

tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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 se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para disponer que **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS**

**PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores 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.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada (aclara voto)**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0102-2020**

**Radicado N° 14 2018 00200 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**MARICEL MARTINEZ ARIZA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de aseguradoras.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 8 de septiembre de 1960, que trabajó en el Hospital Occidente de Kennedy y en dicha entidad le realizaron cotizaciones a la Caja de Previsión del Distrito desde el 27 de mayo de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1995, que con posterioridad, a partir del 1° de diciembre de 1995 y hasta el 30 de octubre de 1999, realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, cotizando un total de 201.71 semanas en dicha entidad, que el 1° noviembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y cotizaciones efectuadas a esta entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (fls. 102 a 115).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 101 a 172).

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

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del

30 de agosto de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** *ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por la demandante MARICEL MARTINEZ ARIZA, conforme lo aquí considerado.* **SEGUNDO:** *RELEVARSE del estudio de las excepciones propuestas dado el carácter absolutorio del litigio.* **TERCERO:** *SIN COSTAS en esta instancia.* **CUARTO:** *CONSULTAR con el superior la presente providencia en el evento de no ser apelada”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, las AFP tienen el deber de brindar información a sus afiliados al momento del traslado, que en el caso bajo estudio las solas afirmaciones realizadas en la demanda no configuran una falta al deber de información en cuanto las características de cada uno de los regímenes pensionales y sus reglas respectivas están claramente definidas en la ley, y no era obligatorio para la entidad realizar una proyección del derecho pensional en ese momento, pues era prematuro realizar dichos cálculos en ese momento, que además la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y por ello no habían situaciones particulares que debieran ser informadas al momento del traslado y por ello no hay falta al deber de información que se alude en la demanda.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que debió darse aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que regula la materia y donde se ha establecido claramente que en casos como el que se estudia, la carga de la prueba la tiene la parte demandada y por ello es ésta quien debía acreditar el cumplimiento del deber de

información al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional, dice además que es irrelevante para la controversia el hecho de que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición, pues no es una condición ni requisito, según la jurisprudencia, para entender que se causó un perjuicio al afiliado con el traslado<sup>1</sup>.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó

---

<sup>1</sup> “Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta audiencia, de conformidad con el artículo 66 del CPL sustento el recurso en los siguientes términos. Su señoría cuando inició sus consideraciones señaló que el objeto de esta audiencia o de este proceso era establecer si había lugar a la nulidad por la falta al deber de información y empieza a decir que no era beneficiaria del régimen de transición y hace una argumentación, ese no era el tema de la demanda del régimen de transición, ni el artículo 13 con relación a que se le dio la información adecuada y veraz, entra a analizar que como no tiene en el momento del traslado, ni régimen de transición, y como no tiene una expectativa de pensionarse, no hay lugar a que se presente un daño que le haya podido causar ese traslado, nos dimos cuenta que el interrogatorio que se le hizo a la demandante, que es una nutricionista que lleva vinculada como empleada pública desde el año 85 en forma permanente trabajando y lo único que le está ofreciendo el fondo es un salario mínimo, una pensión mínima porque no tiene capital ahorrado, es un engaño y si se le hubiera dicho que ella a esta calenda podría llegar a recibir un salario mínimo, ella no se hubiese trasladado porque, porque ella tenía un régimen de prima media donde le garantizaban una pensión con un porcentaje mínimo que era del 65% y que se va incrementando poco a poco, no le dieron ninguna información, entonces si hubo engaño, y aquí hay algo de hecho y derecho su señoría, usted dice que acoge en su integridad el salvamento de voto, no señora, aquí en este caso lo que se debe aplicar es la jurisprudencia y se desconoce de un solo brochazo toda la jurisprudencia, porque se dice que lo único que se requiere para poder establecer que hubo un daño es que tenga régimen de transición y esté a las puertas de pensionarse, eso no lo dice la jurisprudencia, la jurisprudencia ha sido muy clara y la sentencia que usted mencionó la SL 1688 es muy clara y hace un análisis exhaustivo de ese tema de las nulidades, que no se requiere ni la expectativa legítima para pensionarse, ni se requiere tener régimen de transición porque lo que aquí se analiza es la falta de información, aquí los fondos no probaron que le hubieran dado la información, no trajeron al estrado al asistente para que diera esa información. En el texto de la demanda en el acápite de los hechos se hacen afirmaciones indefinidas relacionadas en los numerales 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 19 y 20, en el artículo 167 del CGP se establece que las negaciones indefinidas no requieren prueba de conformidad con la sentencia pluricitada SL 1688 del 2019 al respecto dice, a quien le corresponde probar debe precisar que la demandante alega que no recibió la información debida, cuando se cambió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente, por quien lo invoca, como el trabajador no puede demostrar que no recibió la información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en disposición de hacerlo, aquí no se puede omitir esa situación de que el trabajador no podía aportar la prueba de que le dieron la información y se habla de unos errores de derecho que nunca se mencionaron en la demanda, mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, pues tiene unas claras preeminencias frente al afiliado lego, considerándose una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en favor de los consumidores financieros Ley 1328 de 2009, se desconocen estas normatividades, por lo anterior considero que el despacho cometió un error jurídico al invertir la carga de la prueba en este caso, en contra de la demandante, exigiéndole una prueba de imposible aportación, concluyendo las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y además en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 4964 de 2018, SL 4989 del 2018 y SL 1452 del 2019, solicito a los honorables magistrados que al resolver el recurso de alzada se sirvan tener en cuenta las consideraciones que se tuvieron en esta audiencia para sustentar el recurso de apelación y se revoque la sentencia de primera instancia. Gracias su señoría”



alegatos de conclusión, pide que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que quedó demostrado en el proceso que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria y estaba en condiciones de tomar una decisión objetiva al respecto.

La apoderada de la AFP Porvenir, quien actúa en dicha calidad de acuerdo a la Escritura Pública N° 1289 del 15 de agosto de 2019, que aportó en medio magnético, presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, pues ésta no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y los parámetros fijados en casos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen.

## **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 8 de

septiembre de 1960 (fl. 30); **ii)** que prestó servicios al Hospital de Kennedy y dicha entidad le cotizó a la Caja de Previsión del Distrito entre el 27 de mayo de 1985 y el 30 de noviembre de 1995 (fl.30); **iii)** que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 1° de diciembre de 1995 hasta el 30 de octubre de 1999 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 201.71 semanas (fl. 7); **iv)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. el 6 de octubre de 1999 (fl. 5); **v)** que el 21 de junio de 2017, radicó ante Porvenir solicitud de nulidad del traslado de régimen, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 22 a 29); **v)** que el 28 de junio de 2017 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 14 a 21).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARICEL MARTINEZ ARIZA se trasladó a la AFP Porvenir el 6 de octubre de 1999 (fl. 5 y 120), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 08:57), pues ésta solo manifestó al efecto que lo único que le habían dicho era que el ISS se iba acabar, que se quedarían sin pensión y que no le dieron una información precisa y concreta sobre las implicaciones del traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Porvenir en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues

nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A. la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto,

teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, Colpensiones podrá obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de la AFP Porvenir. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MARICEL MARTINEZ ARIZA a la AFP PORVENIR S.A.

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la demandante, incluyendo los

rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos; y a COLPENSIONES recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante.

**CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la AFP Porvenir. **SIN COSTAS** en la apelación.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

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

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada (aclara voto)**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0095-2020**

**Radicado N° 10-2018-00248-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de las demandadas **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante su afiliación a **COLFONDOS**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, ordenó a **OLD MUTUAL** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, sus frutos, rendimiento y gastos de administración, así mismo, ordenó a **COLFONDOS** a devolver los gastos de administración, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y una vez recibidos dichos valores, ordenó a **COLPENSIONES** el ajuste inmediato de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **COLFONDOS** (fl. 190 a 192, 02:01:47 cd fl. 180).

## I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 59 a 71).**

**ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE** solicitó declarar la nulidad del traslado de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a **COLFONDOS**, en consecuencia, ordenar a **OLD MUTUAL** a trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración a **COLPENSIONES** y a ésta última a recibir dichas sumas y registrar al demandante como su afiliado al RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de agosto de 1956-, que se afilió al extinto ISS en junio de 1995 y que el 1° de agosto de 1995 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **COLFONDOS**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; posteriormente, el 09 de julio de 2008 se trasladó a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL**, oportunidad en la que tampoco recibió una adecuada y completa asesoría. Afirmó que el 30 de noviembre de 2017 solicitó a **COLFONDOS** la invalidez de su afiliación, petición que fue rechazada, solicitud que también presentó a **OLD MUTUAL** el 11 de diciembre de 2017 y que fue rechazada, así mismo, solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM el 05 de septiembre de 2017, quien la negó. En todo caso, señaló el valor de su mesada pensional en el RAIS es muy inferior al que recibiría en el RPM a pesar de que cotiza por más de 23 smlmv.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó su retorno al RPM. Indicó no constarle ningún hecho relacionado con las AFP demandadas, sin embargo, afirmó que el traslado hacia el RAIS es válido por cuanto se efectuó conforme a derecho, por lo cual debe el demandante acreditar el presunto vicio en el consentimiento que alegó. Interpuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de

causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones (fl. 86 a 90).

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, que se trasladó al RAIS y que negó su solicitud de invalidación de su afiliación a la AFP. Indicó que el 09 de julio de 2008 aceptó el traslado libre e informado de AFP del demandante, fecha para la cual el actor ya estaba bajo la restricción de retorno al RPM por edad, sin que la ausencia de proyección pensional invalide dicha afiliación por cuando se trata de un valor aproximado de un derecho en construcción; en todo caso, señaló que no procedería el retorno de los gastos de administración, los cuales ya fueron descontados y usados conforme Ley. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fl. 99 a 113).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó su petición de invalidar el mismo. Indicó que el demandante de forma libre y voluntaria se afilió a la AFP, para lo cual leyó y firmó el respectivo formulario, previa asesoría del agente de la AFP, quien le informó las características, ventajas y desventajas de cada régimen de forma verbal, según los parámetros legales vigentes en ese entonces, asesoría que fue integral, especializada, personal y completa, sin que sean engañosas afirmaciones como la posibilidad de una mesada mayor en el RAIS o a una edad anterior a la exigida en el RPM, además, cuenta con canales siempre disponibles para mantener informados a sus afiliados. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, pago, compensación, saneamiento de cualquier nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivo de un tercero, imposibilidad de ir contra el acto propio y la innominada o genérica (fl. 153 a 172).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 190 a 192,  
02:01:47 cd fl. 180)**

El 17 de julio de 2019 el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la vinculación del demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE a la COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTÍA (Sic) mediante la afiliación suscrita el día 12 de julio de 1995 y por ende su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordena el regreso inmediato a la vinculación sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a RECIBIR Y RESTABLECER LA AFILIACIÓN del demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

*TERCERO: CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍA, a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y gastos de administración, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, con los documentos correspondientes para establecer las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración por parte de COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.*

*CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a que haga entrega a colpensiones, conforme lo expone el art. 1746 del C.C., de las sumas correspondientes a las cuotas y gastos de administración descontados al demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE durante su vinculación a dicho fondo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer que dichas sumas se están devolviendo en los términos expresados en la sentencia.*

**QUINTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a que una vez ingresen los dineros correspondientes a la cuenta individual de ahorro de demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE provenientes tanto de OLD MUTUAL S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍA como de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, deberá realizar la revisión de que se haya realizado en los términos expresados en esta sentencia y de manera inmediata deberá hacer la imputación de las semanas cotizadas en el EAIS del señor demandante, en su historia laboral para efectos pensionales de conformidad a lo establecido en esta providencia.

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

**SÉPTIMO:** CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en favor del demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000

**OCTAVO:** Remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá,, Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de Consulta conforme al art. 69 CPT y SS, teniendo en cuenta que impusieron condenas en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar los hechos de la demanda que no fueron aceptados, la procedencia de las pretensiones, los hechos de la contestación y la procedencia de las excepciones.

Para resolver indicó que la H. CSJ estableció que las AFP tienen la obligación de información y buen consejo y la carga de demostrar su cumplimiento diligente, a fin de demostrar que el traslado fue libre e informado sobre sus efectos de cambio de régimen. En el caso bajo estudio, señaló que el demandante se trasladó del RPM al RAIS afiliándose a **COLFONDOS** el 12 de julio de 1995 y que firmó un formulario donde indicó que su traslado fue libre y voluntario, el cual por sí solo no acredita el cumplimiento del deber de información conforme la H. CSJ, sin que la AFP aporte otra prueba que demuestre dicha asesoría, a la vez que el demandante y la testigo coincidieron en indicar que hubo una reunión general por el asesor, quien les dijo que se iba a acabar el ISS y que debían afiliarse a la AFP, además, a pesar

de que el demandante conoce que es un bono pensional, la existencia de una cuenta individual, que se puede heredar el saldo de la cuenta, los rendimientos y aportes voluntarios, aclaro que no se le indicó cual cuanto capital se necesitaba para una pensión, omisión que también refirió la testigo, ni se les proyecto como se comporta la pensión. Toda vez que la H. CSJ indicó que se deben informar las características de ambos regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, también echo de menos que se le explicara al demandante cómo se causa la pensión en el RPM y frente al RAIS no se le indicó el monto de capital para una pensión, ni de los gastos de administración, ni que así como hay rendimientos pueden haber perdidas, ni las modalidades de pensión o como se financian las pensión de sobrevivientes y de invalidez. Como no se acreditó una asesoría completa, declaró ineficaz el traslado, la cual no se sana con los traslados de AFP y además OLD MUTUAL tampoco acreditó una adecuada asesoría, por ello, ordenó su regreso sin solución de continuidad al RPM, ordenó a las AFP devolver los aportes, rendimientos y gastos de administración, los últimos a su cargo en razón ya que la ineficacia se generó por la conducta indebida de las AFP, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, así como entregar la documentación necesaria para que COLPENSIONES verifique que si devuelven las sumas ordenadas. Condenó en costas a COLFONDOS, quien realizó el traslado de régimen.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la sentencia y absolver de las pretensiones. Afirmó que se acreditó que las AFP cumplieron los requisitos legales vigentes al momento de cada afiliación, formularios que tienen objeto y causa lícita, siendo capaz el demandante y sin prueba de ningún vicio ya que el error de vicio no lo genera, quien además confesó que se afilió de forma libre y voluntaria, además, el formulario e interrogatorio de parte acreditan que conoce las características del RAIS y que no decidió volver al RPM pese conocer a **COLPENSIONES**, ratificando su decisión de seguir en el RAIS por el traslado de AFP, que confesó hizo buscando mejores rendimientos. En todo caso, no es viable devolver los gastos

de administración porque se usaron conforme la Ley para la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, así mismo, que no procede la condena a costas<sup>1</sup> (02:05:12 cd fl. 180).

La demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la sentencia y condenas. Indicó que el interrogatorio del demandante demuestra que se brindó la suficiente información para que decidiera de forma libre su traslado al RAIS, conociendo características, ventajas y desventajas de dicho régimen como el bono pensional, que se rige por capitalización e incluso se trasladó de AFP buscando más rendimientos. Señaló que el error de derecho no vicia el consentimiento. Indicó la imposibilidad de retornar los gastos de administración por cuanto fueron gastados en el mantenimiento de la cuenta individual y la cobertura de riesgos de invalidez y muerte<sup>2</sup> (02:09:35 cd fl. 180).

---

<sup>1</sup> Su señoría interpongo respetuosamente recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir para que se revoque en su totalidad, como quiera que en el presente proceso no se logró acreditar los presupuestos fácticos y jurídicos que permitan configurar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, por el contrario, en esta instancia se tiene certeza de que las afiliaciones cumplieron con el lleno de los requisitos legales, los Fondos actuaron de conformidad con la normatividad vigente para la fecha de cada afiliación, el formulario de afiliación tuvo objeto y causa lícita y no fue tachado de falso, el demandante era legalmente capaz y no se probo ningún vicio del consentimiento. Debe recordarse que el artículo 1529 CC expresamente estableció que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, así mismo, las afiliaciones que efectuó el demandante ocurrieron de manera libre y voluntaria como así lo confeso en su interrogatorio de parte. La Sala Laboral de la H. CSJ en sus últimos pronunciamiento estableció que debe analizarse cada caso concreto y en el presente se tiene certeza que se le ofreció una información suficiente, oportuna y veraz, no solo por la existencia del formulario de afiliación como se indica por parte de la señora Juez, sino porque existe un medio probatorio válido que no puede ser desconocido como lo es el interrogatorio del demandante, donde él confesó que conocía ciertas características del régimen de ahorro individual, como que el reconocimiento y pago de las prestaciones periódicas depende de los aportes que realizó a su cuenta de ahorro individual, que la misma generaría rendimientos y incluso efectuó aportes voluntarios, lo que quiere decir que conocía que pertenecía a un régimen de capitalización y que efectivamente no estuvo engañado por los más de 15 años en que estuvo afiliado al RAIS; incluso, H. Magistrados, él indicó que su motivación al trasladarse al RAIS ocurrió porque le informaron que iba a acabarse el ISS; sin embargo, cuando la suscrita le preguntó si conocía que COLPENSIONES había continuado con las funciones del ISS él indicó que sí y efectivamente cuando se le preguntó que porque no había retornado no dio una respuesta clara, conforme lo que se le estaba preguntando. Ahora la testigo Fanny Duque Guinara ratifica la declaración rendida por el demandante, esto es, que se les indicó en la reunión grupal que se podían pensionar más jóvenes si aportaban dinero a su cuenta de ahorro individual, de otra parte, se debe tener en cuenta que el demandante ratificó su decisión inicial de trasladarse al RAIS cuando realizó el traslado a OLD MUTUAL y, en el caso honorable Magistrados de que hubiera existido algún error, este se habría saneado conforme el Código Civil, máxime cuando en el interrogatorio de parte el demandante indicó que se afilió a OLD MUTUAL por las utilidades y rendimientos que generaría en ese fondo. Ahora, no es posible condenar a mi representada a devolver los valores por cuotas de administración, como quiera que por Ley fueron descontadas y además porque el despacho desconoce que durante el tiempo de permanencia del demandante a Colfondos estuvo cubierto de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, por tanto, no habría lugar a condenar a estos descuentos. Finalmente, como quiera que no hay ineficacia del traslado y mi demandada actuó de buena fe, tampoco corresponde condenar a Colfondos a costas y agencias en derecho. Gracias.

<sup>2</sup> Me permito interponer recurso de apelación ante la sentencia proferida por su Despacho, atendiendo a los siguientes argumentos. En primer lugar, como quedó claro en el interrogatorio de parte, al demandante se le brindó la información necesaria para que accediera de manera voluntaria y libre al traslado de régimen pensional, si bien es cierto que este acto jurídico no se realizó con mi representada, eso no quita el hecho de que seamos conscientes de que efectivamente

**COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la ineficacia no requiere de declaración judicial y que no fue planteada en la demanda, que solo pretendió la nulidad, por ende, el Despacho debía abstenerse de emitir pronunciamiento sobre ineficacia y de no proceder la nulidad absolver. En segundo lugar, afirmó que la Juez consideró el interrogatorio del demandante y el testimonio como las únicas pruebas, permitiendo que la parte actora fabricara su propia prueba, además, que no es obligación de las AFP explicar como se causa la pensión del RPM, donde el demandante llevaba más de 10 años, por lo que si hubo omisión en ese sentido no podía ser declarada porque la demanda se basó únicamente en presuntas falencias de las AFP, que según la jurisprudencia de la H. CSJ solo deben exponer el RAIS; en todo caso, no le es exigible al Fondo hablar de modalidades pensionales y financiamiento a quien le faltan más de 30 años para cumplir los requisitos y que no ha sido afectado por los riesgos de invalidez y muerte, aspectos que en todo caso son públicos y están en la Ley 100 de 1993. Se duele en manifestar que **COLPENSIONES** no debe soportar el retorno de un afiliado que conoce los aspectos del RAIS y que incluso indicó cuantos millones se necesitan para sufragar una pensión mínima y que luego indicó que no se le indicó el monto, además, existieron graves contradicciones con el dicho de la testigo, porque el demandante afirmó que se le explicó que es el bono pensional y la testigo lo negó, así mismo el demandante indicó que se le explicó la devolución de saldos, lo cual negó la testigo, por tanto si asistieron a la misma reunión porque indican diferentes apreciaciones, siendo claro que se cumplen los requisitos de la jurisprudencia para la validez del traslado, porque el demandante si conoce las características del

---

como quedó demostrado en el interrogatorio de parte, el señor demandante conocía todas y cada una de las ventajas, desventajas, características, inclusive tenía conocimiento de situaciones como el bono pensional, de que se trataba de un régimen de capitalización y que se afilió a OLD MUTUAL porque le aseguró mejores rendimientos, todo lo cual nos permite inferir que efectivamente conocía plenamente las características del régimen en donde está inscrito. Además, vale la pena mencionar que como quedó también demostrado, esto es un error de derecho y no de hecho, por tanto, el artículo 1509 del Código Civil indica que no vivía el consentimiento. No es posible reintegrar las cuentas descontadas por concepto de cuotas de administración, por cuanto en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dicho porcentaje se destina para una póliza de cubrimiento de seguros de invalidez y muerte y la otra para sufragar los gastos de administración en que incurre la AFP respecto del mantenimiento de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por tanto, el mencionado porcentaje se pagó a la aseguradora para cubrir dichos riesgo y también es imposible descontar los gastos de administración porque ya se usaron en el mantenimiento de la cuenta, por tanto, no hay lugar a devolverlos porque no están en las arcas de mi representada. Muchas gracias.



RAIS como aportes voluntarios, rendimiento, intereses, capital para pensión, también conoce sus ventajas como devolución de saldos o que pueden ser heredables si no hay beneficiarios, por tanto no es correcta la conclusión del Despacho que no se le dio una completa información<sup>3</sup> (02:11:45 cd fl. 180).

---

<sup>3</sup> Interpongo recurso de apelación contra la sentencia interpuesta contra su Despacho para que se revoque la sentencia de forma íntegra, en atención a lo siguiente. En primer lugar, el Despacho optó por declarar la ineficacia del traslado, jurídicamente la ineficacia no necesita pronunciamiento judicial y solo se habla de ella porque el acto jurídico nunca existió y nunca nació a la vida jurídica porque se incumplen los requisitos legales, sobre esa base, declarar la ineficacia de un acto jurídico es totalmente contrario a derecho, porque tal y como está planteada la demanda se hace ver el incumplimiento de unas obligaciones legales por parte de las AFP OLD MUTUAL y COLFONDOS, y como se indica en la demanda eso hizo incurrir en error al demandante, por tanto, la pretensión era declarar la nulidad de la afiliación del traslado y no la ineficacia, sobre esa base, el pronunciamiento que emite el Despacho es totalmente contrario a derecho, ya que si considero que el acto de afiliación y traslado era totalmente inexistente, no debió haber emitido un pronunciamiento de ineficacia porque esta opera de pleno derecho y sin pronunciamiento judicial, por lo cual solicitó que en primer lugar se revoque la sentencia porque lo que procede jurídicamente ante la pretensión que elevo la parte actora no es elevar la ineficacia sino eventualmente la nulidad, pero como no fue una de las pretensiones de la demanda lo que procedía era que el Despacho negara la ineficacia y se abstuviera de emitir condena y absolviera a todas las demandadas. Dos, indicó el Despacho que las declaraciones de parte del demandante y el testigo son las únicas pruebas válidas dentro del proceso, porque indicó la señora Juez que la declaración de la parte demandante y el testigo se evidencia lo siguiente, como si la una prueba válida para determinar la validez o no de una afiliación al RAIS es lo que diga el demandante, y me pregunto yo ¿una parte jurídicamente puede crear su propia prueba?, porque la señora Juez indicó que no existe duda de la declaración del demandante y de la testigo que a ellos no se les hablaron de como se financiaban las pensiones de invalidez y sobrevivientes, que no se habló de las modalidades de pensión, que no se habló de los gastos de administración, incluso la señora Juez hizo la manifestación de que no se evidenció de que el Fondo de Pensión hubiera explicado cómo se reconocía y pagaba una pensión en el RPM, porque COLFONDOS no le dijo que en el ISS en ese momento se cumplía un requisito de edad y de semanas y me preguntó si acaso es obligaciones de una AFP del RAIS explicar cómo funciona el RPM, si se supone que el demandante venía afiliado del RPM desde hace más de 10 años era evidente que debía conocer el funcionamiento de éste, por tanto, el desconocimiento que tenga del RPM no es imputable al fondo de pensiones y sobre esa base no se puede imputar una omisión en el incumplimiento de las obligaciones de las AFP, porque la jurisprudencia de la H. CSJ ha sido clara en indicar que los fondos deben dar información sobre las características del RAIS, de tal manera que las apreciaciones del Despacho de que no existió prueba de la asesoría sobre el RPM no constituye vicio del consentimiento. Además, indica la señora Juez que el Fondo de Pensiones debía hablar de modalidad de pensión, me pregunto yo ¿el Fondo le va a hablar de modalidad de pensiones a una persona que está a más de 30 años de pensionarse, porque en 1995 le hacían falta más de 30 años para cumplir requisitos de pensión?, entonces es obligación del fondo indicar las modalidades de pensión a alguien que está a tantos años de la edad o informarle como está financiada una pensión de invalidez o sobreviviente a quien no se le presenta el riesgo de invalidez o muerte, esas son circunstancias que el Fondo de Pensiones o incluso el ISS, en gracia de discusión, aplican cuando se presenta el siniestro bajo el cual exista la cobertura, pero es indiferente que a una persona con 30 años de antelación se le explique cómo se financia una pensión de invalidez y muerte y finalmente esos requisitos están establecidos en la Ley, y si bien el Despacho indicó que no desconoce que la Ley 100 de 1993 regula esas condiciones, no se le puede afiliar a COLPENSIONES la carga de soportar un afiliado que se traslada de forma libre de régimen pensional conociendo la totalidad de características del RAIS; porque quedó claro que el conoce las características del RAIS e incluso me atrevo a decir que el sabe cual es el capital mínimo necesario, pero desde que declaró se le notó el claro interés de hacer incurrir en error al despacho ocultando y omitiendo información, como el hecho de que declaró que dice que sabe que necesita un capital mínimo pero después dice que solo se le habló que tenía que cumplir la edad de 60 años y que no le hablaron de capital, entonces, ¿le hablaron o no de capital?, además indicó el Despacho que la testigo fue clara, pero el testigo fue totalmente contradictorio con la declaración del demandante, porque dos personas que asiste a la misma charla no pueden recibir información diferente, y eso tiene como fin hacer incurrir en error al Despacho omitiendo información, porque la testigo indicó que no le hablaron de bono pensional, pero el demandante si indicó que le hablaron de bono pensional y que sabe para que sirve, además no hay razón de porque el demandante si sabe que si no tiene requisitos para acceder a la pensión en el RAIS le devuelven los saldos y la testigo dice que nunca le hablaron de esos, además ella dijo que no le hablaron de capital y que sucedía si tenía la edad y no tenía el capital suficiente para la pensión, entonces pregunto yo ¿cuál es la base sobre la cual el Despacho indica que la declaración del testigo y la declaración del demandante son fieles, pertinentes y conducentes para darles la suficiente credibilidad para sustentar en las mismas una petición de nulidad?, cuando está claro que el

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** manifestó que las AFP al momento del traslado de régimen pensional y de traslado de AFP no brindaron una adecuada y completa asesoría sobre las características de cada régimen y las implicaciones de su decisión, omisión por la cual procede confirmar la sentencia. Por su parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al Dr. Felipe Alberto Granados Preciado, identificado con C.C. 1.018.418.797 y portador de la T.P. 222.106 del C.S.J., a quien se le reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar el fallo apelado porque el traslado de régimen del demandante fue válido, ejercido conforme su derecho de libre escogencia, sin que pueda retornar al RPM por la restricción por edad y sin que pueda trasladarse en cualquier tiempo porque no tiene régimen de transición por semanas cotizadas. Agotado el término de traslado, las AFP demandadas se abstuvieron de presentar 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 inferirse 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 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

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

---

demandante conoce las características básicas del RAIS y en ningún momento la jurisprudencia de la H. CSJ dice que el fondo debe hablar del ISS y hacerle proyecciones pensionales del RPM; porque solo dice que debe haber información sobre características, ventajas y desventajas, y en este caso se le hablaron de características porque se le hablaron de aportes voluntarios, rendimientos, intereses, capital para pensión, también se le hablaron de ventajas como la devolución de saldos, esa es una ventaja que no tiene el RPM, si fallece y no tienen beneficiarios esos saldos entran a la masa sucesoral de herederos, que es una ventaja que no tienen el RPM, me pregunto yo ¿sobre cuál base dice el Despacho que no se dio la suficiente información?, cuando esta totalmente claro que el demandante conoce todos los requisitos y las ventajas y características del RAIS que es lo que nos interesa en este proceso, porque si conoce o no las características del RPM es algo que no está en discusión en este proceso porque se planteó la demanda de ineficacia sobre la base que los fondos privados no suministraron la suficiente información que maneja el fondo privado y no sobre la insuficiencia de información del ISS; sobre esa base, solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial revocar íntegramente la sentencia y absolver a COLPENSIONES de las condenas impuestas.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE** nació el 27 de agosto de 1956 (fl. 34); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 27 de agosto de 1991 y el 31 de julio de 1995, acumulando 139,86 semanas (fl. 35), sin embargo, conforme proyección de crédito acumuló en el RPM 386 semanas (fl. 58); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **COLFONDOS** el 12 de julio de 1995 (fl.174), que se hizo efectiva el 1° de agosto de 1998 (fl. 173); **iiii)** el demandante se trasladó de AFP hacia **OLD MUTUAL** el 09 de julio de 2008 (fl. 114), donde permanece afiliado, donde al 30 de agosto de 2018 acumulaba 1449,57 semanas (fl. 118vto); **v)** el 26 de marzo de 2018 **OLD MUTUAL** efectuó proyección pensional, determinando como valor máximo de mesada \$5.789.715 equivalentes al 31% del salario actual de \$18.442.925 (fl. 139 a 140).

### - **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem*

consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante a través de **COLFONDOS**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, ordenó a **OLD MUTUAL** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, sus frutos, rendimiento y gastos de administración, así mismo, ordenó a **COLFONDOS** a devolver los gastos de administración, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y una vez recibidos dichos valores, ordenó a **COLPENSIONES** el ajuste inmediato de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **COLFONDOS**.

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que las AFP cumplieron los requisitos legales al momento de las afiliaciones, sin causal de nulidad, confesando el demandante que lo hizo de forma libre y voluntaria y que pese conocer **COLPENSIONES** no retornó sino que ratificó su permanencia en el RAIS con un traslado de AFP, así mismo,

indicó que no procede devolver los gastos de administración, por cuanto ya fueron usados conforme la Ley.

El apoderado de **OLD MUTUAL** presentó sentencia y solicitó revocar la sentencia. Afirmó que el interrogatorio del demandante acredita que conoce las características, ventajas y desventajas del RAIS, además, el error de derecho no vicia el consentimiento y finalizó indicando que no procede la devolución de gastos de administración que ya fueron gastados conforme la Ley.

Por último, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Afirmó que la ineficacia no fue planteada por el demandante y no admite declaración judicial, así mismo, que se permitió a la parte actora fabricar su propia prueba, sin que la jurisprudencia de la H. CSJ exija a las AFP exponer sobre el RPM ni tampoco se le podía recriminar no exponer modalidades pensionales o el financiamiento de las pensiones cuando el actor no tenía consolidados tales derechos, por tanto, no se debe soportar el retorno al RPM del afiliado que conoce las características y ventajas del RAIS y que además incurrió en graves contradicciones con el dicho de la testigo, lo que desvirtúa la conclusión del Despacho.

Pasa el Despacho a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las

AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **COLFONDOS** el 12 de julio de 1995 (fl. 174) y su posterior traslado de AFP hacia **OLD MUTUAL** el 09 de julio de 2008 (fl. 114), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, por cuanto la única prueba que se allegó fue el formulario de afiliación inicial, que por sí solo no demuestra el cumplimiento de dicho deber, por tanto, se infiere razonablemente que no se demostró que las AFP al momento del traslado de régimen pensional y de su traslado de AFP cumplieran con su deber de brindar una asesoría completa, oportuna y comprensible sobre todas las características de cada régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE** en su interrogatorio hizo referencia directa a características fundamentales del RAIS, tales como la existencia de

CAIP, que los aportes son objeto de rendimientos a fin de incrementar el saldo de la cuenta, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la existencia de un bono pensional por los periodos que cotizó al RPM, la devolución de saldos, la posibilidad de heredar el saldo ante la ausencia de beneficiarios e incluso indicó el valor necesario para financiar una pensión mínima en 2017, tales afirmaciones deben ser interpretadas en el contexto en que fueron expuestas, siendo relevante que el demandante indicó que solo se le indicó de forma expresa el monto necesario para financiar una pensión hasta que fue asesorado en 2018, por lo que antes no conocía dicha información, así mismo, que no conocía porque se le solicitaba el registro civil de sus hijos, lo que permite inferir que no se le indicó de forma clara la forma como se causa la pensión y los distintos aspectos que inciden en el cálculo de su monto.

De otra parte, no le asiste razón al apoderado de **COLPENSIONES** en cuanto su afirmación de que a las AFP no les asiste el derecho de explicar las modalidades pensionales o como se amparan los riesgos de sobrevivencia y muerte en el RAIS cuando el potencial afiliado no ha consolidado las condiciones para su causación, así mismo, dicho apoderado confunde la posición jurisprudencial de la H. CSJ cuando afirmó que a las AFP no les asiste deber en explicar las condiciones y características del RPM, por cuanto de conformidad con los antecedentes normativos expuestos se tiene que el deber de información y asesoría explicando las características, ventajas y desventajas de cada régimen a fin de dar buen consejo, al punto inclusive de desincentivar su traslado al RAIS, obligaciones que no se entiende como podrían ser cumplidas si como lo dice el apoderado de **COLPENSIONES** no las AFP no deben explicar los aspectos del RPM.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **COLFONDOS** y **OLD MUTUAL** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.



Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS** y **OLD MUTUAL**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de las AFP, por lo cual se confirmara dicha condena.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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 de la presunta improcedencia de la condena a **COLFONDOS** del pago de costas de primera instancia, basta indicar que se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 365 CGP, por cuanto dicha parte resulto condenada en la primera instancia y resulta razonable el argumento señalado por la Juez de primera instancia de que fue la AFP que originó las falencias en el traslado de régimen del actor que conllevó a declarar ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral noveno 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO  
  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado. ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Rueda Olarte', written over a horizontal line.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0106-2020**

**Radicado N° 23 2018 00662 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLFONDOS S.A., contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor incluyendo rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que el demandante nació el 1° de diciembre de 1960, que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones de manera interrumpida entre el 21 de octubre de 1976 y el 31 de mayo de 1966 cotizando un total de 144.14 semanas, que el 30 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Colfondos. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no lo asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado y que nunca le informaron que al cumplir 52 años de edad estaría incurso en la prohibición legal de regresar al RPM. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y cotizaciones efectuadas a esta entidad, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (fls. 96 a 103).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, el traslado y la solicitud presentada por el demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos, buena fe y prescripción (fls. 126 a 134).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor incluyendo rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional. **TERCERO:** DECLARAR que el demandante HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas. **CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. **SEXTO:** ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el superior, en razón que las pretensiones son adversas a Colpensiones”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y las AFP tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el traslado de régimen del actor es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandada Colfondos S.A. pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que en el presente asunto no se causó perjuicio alguno al demandante con el traslado, pues la diferencia de la mesada pensional entre uno y otro régimen no es superior a cincuenta mil pesos, por lo que no se dan los presupuestos definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la ineficacia. Subsidiariamente solicita que no se ordene la devolución de los valores descontados por gastos de administración, pues de todas formas la entidad realizó una gestión de administración de los recursos del actor para que éstos generaran un rendimiento y por ello ordenar la devolución de rendimientos y gastos implicaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, quien se beneficia de la gestión pero no retribuye en manera alguna la gestión del Fondo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “De manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir con base en las siguientes razones, para que el honorable Tribunal se sirva revocar los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia que acaba de proferir. Primero quiero iniciar señalando que el recurso se circunscribe en primer punto a que en este caso particular no se dan los presupuestos para que se declare la ineficacia de la afiliación, conforme se expuso en los alegatos de conclusión específicamente por cuanto no hay una afectación de tipo económico en cuanto a la mesada pensional que reconoce el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media en este caso particular la cual es una diferencia de menos de cincuenta mil pesos, segundo y al no estar este presupuesto que ha marcado la Corte Suprema de Justicia, pues no se dan los demás fundamentos de la línea jurisprudencial para que se declare la ineficacia, y segundo, si el honorable Tribunal decide reiterar o ratificar esta decisión para que se revoque el numeral segundo, específicamente en lo que tiene que ver con comisiones de administración, la comisión de administración es aquella que cobran las administradoras de fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado el demandante al Sistema

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, pide que se revoque la decisión de primera instancia, pues no se dan los presupuestos para disponer el regreso del demandante al RPM.

---

General de Pensiones la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, seguro que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 modificado por la Ley 797 del 2003 y que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media, durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado al fondo de pensiones obligatorias administrados por Colfondos, mi representado ha administrado los dineros que el mismo ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues Colfondos es una entidad financiera, experta en la inversión de los recursos de sus afiliados, adicionalmente dicha gestión de administración se ve evidenciada en los rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales se pueden observar en el movimiento o detalle que se adjuntó como prueba en la contestación de la demanda, conforme lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de la nulidad, la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo previsto sobre objeto, causa lícita, de la restitución mutua que hayan de hacer los contratantes en virtud de este pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de las especies o su deterioro de los intereses y frutos y del abono de las mejoras útiles o necesarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y posesión de buena fe o mala fe de las partes, todo ello, según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo, hasta acá la cita, en este orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Colfondos nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de la restitución mutua y del abono de las mejoras, con base en esto debe entenderse que se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena administradora de fondo de pensiones y el fruto o mejora la comisión de administración debe conservarse porque definitivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, así las cosas se puede hablar de unas prestaciones establecidas que no pueden descontarse sobre todo cuando se trata de contratos que tiene que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría del hecho privado mediante la restitución completa de los frutos que uno u otro hubiera recibido se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la administradora de fondos de pensiones y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se hubiera descontado, nunca debieron haber existido dichos rendimientos, la teoría de las prestaciones acaecidas que no puede desconocerse fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia con radicado 31989 del 31 de septiembre de 2008 magistrado Eduardo López Villegas, finalmente es menester poner de presente que en este caso que se ordena a Colfondos devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y lo descontado por costos de administración se está constituyendo en un enriquecimiento si causa a favor del demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena gestión administrada por mi representada sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada haciendo así una interpretación no acorde a la constitución y la ley en detrimento del patrimonio de mi representada vulnerándose el derecho a la igualdad, privilegiando de manera injustificada una de las dos partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por mi representada, en mérito de lo expuesto le solicito señor juez me conceda la apelación para que el honorable Tribunal se sirva revocar la sentencia proferida”



Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues la AFP demandada no probó el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La apoderada de la AFP demandada no presentó alegatos de conclusión.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 1° de diciembre de 1960 (fl. 20); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de octubre de 1976 hasta el 31 de mayo de 1996 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 144.14 semanas (fl. 64); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A. el 30 de mayo de 1996 (fl. 135); **iv)** que el 15 de junio de 2018 radicó ante Colfondos solicitud de nulidad del traslado de régimen, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 77 a 79 y 83 a 84); **v)** que el 12 de junio de

2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 75 y 76).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON se trasladó a la AFP Colfondos el 30 de mayo de 1996 (fl. 135), y que

con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 audio 2 min. 01:49) y por la representante legal de la AFP demandada (CD. 2 audio 2 min. 15:29), pues por un lado la representante legal manifestó que el único soporte de la afiliación es el formulario, porque para esa época no se realizaban proyecciones de pensión y se informó a través de medios masivos de comunicación que los afiliados podían regresar al RPM antes de que les faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión. Por su parte, el demandante solo refirió que lo único que le habían dicho era que el ISS se iba acabar y que podría acceder a una pensión más alta, pero no le dieron información detallada ya que la explicación se realizaba en una reunión general donde no se daban muchos detalles.

También se recibió el testimonio de ABDON BORDA BELTRAN (CD. 2 audio 2 min. 9:37), quien manifestó haber trabajado en Gecolsa con el demandante y constarle que el traslado de régimen pensional se dio cuando el fondo de pensiones a través de reuniones generales les dijo que el ISS se iba terminar y las condiciones pensionales que ofrecían eran más favorables, pero que en manera alguna les dieron información detallada y concreta sobre las implicaciones de trasladarse.

Por lo anterior y dado que la AFP demandada no aportó pruebas tendientes a acreditar el cumplimiento del deber de información, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retrotraer las cosas al estado en que se

encontraban, acarreando para COLFONDOS S.A. la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, pues aun cuando la AFP demandada aduce en el recurso que no es procedente la devolución de los gastos de administración, esta consecuencia está claramente definida por la jurisprudencia, entre otras en sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referente a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo y dado que el juez de primera instancia no ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, se adicionará la decisión en este sentido.

En relación con el traslado de los recursos de la AFP Colfondos S.A. a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia y se autorizará a Colpensiones para que obtenga, por las

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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, se declara no probada.

Sin costas en la apelación.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADCIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar la historia laboral, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**CUARTO: SIN COSTAS** en la apelación.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

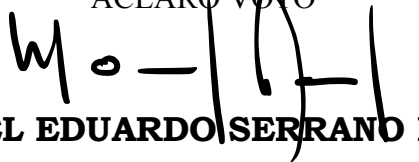
**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





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

**S03-0116-2020**

**Radicado N° 27-2018-00465-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas y a reactivar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP demandada (fl. 113 a 114, 35:29 cd fl. 112).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 32 a 37).**

**ONEYDA TORRES SANTAMARÍA** solicitó declarar ineficaz su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a dicha AFP a trasladar el saldo de la CAIP y sus rendimientos, así como ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que cumplió 57 años el 09 de febrero de 2018; que se afilió al extinto ISS desde junio de 1978; que en enero de 2004, se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que solicitó a la AFP una proyección de su mesada pensional, la cual se realizó en abril de 2018 y que indicó un valor de un (1) smlmv, monto que no varía de o no de cotizar, suma muy inferior a la que le correspondería en el RPM, por lo que el 13 de junio de 2018 radicó ante la AFP y **COLPENSIONES** solicitó su retorno al RPM, petición que rechazó la Administradora el 18 de junio de 2018 y la AFP el 20 de junio de 2018.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP, sin embargo, fue la demandante quien de forma voluntaria firmó su afiliación al RAIS, aceptando las condiciones propias de dicho régimen, sin que para la fecha del traslado estuviera vigente el deber de asesoría, así mismo, que no puede retornar al RPM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fl. 44 a 57).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que negó su solicitud

de retornó al RPM. Indicó que sus asesores brindaron asesoría sobre el RAIS, la forma de consolidación de la pensión, la distribución de los aportes, bono pensional, factores que inciden en el calculo de la mesada y en general todos los aspectos de dicho régimen, conforme las exigencias normativas vigentes para la fecha, tras lo cual firmó el formulario de afiliación con la manifestación expresa de haber sido asesorada, sin que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la Ley y sin acredite ninguna causal de nulidad y sin que pueda invertirse la carga de la prueba conforme el artículo 835 CCo y sin que aplique el precedente jurisprudencial por cuanto los supuestos fácticos del caso difieren de los estudiados por la H. CSJ. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 81 a 88).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 113 a 114, 35:29 cd fl. 112)**

El 25 de octubre de 2019 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ONEYDA TORRES SANTAMARÍA del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ONEYDA TORRES SANTAMARIA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ONEYDA TORRES SANTAMARIA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO* formuladas por COLPENSIONES y las de *FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES EN LA AFILIACIÓN, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN*, formuladas por PORVENIR por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2.000.000.00 como agencias en derecho.. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante para establecer si le asiste el derecho del retorno y traslado de aportes, rendimientos y bonos de su CAIP al RPM.

Para resolver indicó que en el formulario de afiliación suscrito en enero de 2004 aparece la manifestación firmada por la demandante de que escogió de forma libre, espontánea e informada al RAIS, sin que la AFP acredite la correcta asesoría al momento del traslado, carga de la prueba que le corresponde conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por cuanto la única prueba es el formulario de afiliación y sus formas preestablecidas, que por sí solas no demuestran el consentimiento informado. Señaló que la obligación de información y asesoría no sufre variación si el afiliado tiene o no régimen de transición, por cuanto es un deber que se debe cumplir por sí mismo, que al no demostrarse conllevó a declarar ineficaz el traslado. Ordenó a la AFP devolver todos los valores que recibió con ocasión de dicha asesoría, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos conforme el artículo 1746 CC, debiendo **COLPENSIONES** recibir dichos valores y reactivar su vinculación. Frente la prescripción, indicó que si antes acogió el criterio de la prescripción desde que se advierte el perjuicio derivado del traslado del régimen, la H. CSJ aclaró que éste no opera porque la ineficacia de traslado tiene conexión con un derecho imprescriptible y se trata de una pretensión declarativa. Declaró no probadas las excepciones relativas a la nulidad porque indicó que se

declaró la ineficacia sino la nulidad. Condenó en costas a la AFP porque fue la que originó la ineficacia

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia. Indicó que el acto jurídico de traslado de régimen no está afectado, por cuanto no se incurrió en prohibición legal, la demandante no tenía adquirido derecho alguno cuando se efectuó, no hubo vicio del consentimiento y reafirmó su permanencia por el tiempo cotizado al RAIS. Afirmó que es la demandante quien debe acreditar sus pretensiones, que el error de derecho no vivía el consentimiento, que al momento del traslado era imposible establecer que régimen le era más favorable, por cuanto no había cumplido ningún requisito de causación de pensión en el RPM y no tenía régimen de transición, que no se retractó en el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 y que la jurisprudencia no puede sostener el concepto equivocado de que el error de derecho vicia el consentimiento y aplicar a las AFP requisitos no vigentes al momento del traslado<sup>1</sup> (37:11 cd fl. 112).

---

<sup>1</sup> Estando dentro del término legal, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación contra la anterior providencia para que los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revoquen la sentencia aquí proferida y en su lugar absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra. Se evidencia que no se encuentra afectado el acto de libre traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante porque con la demandante no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, porque en el momento en que la demandante realizó su traslado no había adquirido derecho alguno y su consentimiento fue libre y voluntario, más aún cuando no es beneficiaria del régimen de transición y su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación. Por otro lado, respecto de los vicios del consentimiento de la demandante, no aportó pruebas pertinentes porque tenía la carga procesal de hacerlo como parte demandante según lo dispone el artículo 167 CGP y no simplemente como lo hiciera alegando el deber de información. Así las cosas, las consecuencias del traslado de régimen las consagró la Ley 100 de 1993, por ello cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que conforme el artículo 1509 CC no tiene alcance para viciar el consentimiento. De esta forma, resulta claramente imposible para cualquier persona establecer de forma cierta si en el momento del traslado le era conveniente su afiliación en uno u otro régimen pensional, pues solo resulta conveniente mantener la vinculación en el RPM siempre y cuando cumpliera al menos uno de los dos requisitos para alcanzar la pensión en ese régimen incluso, podría considerarse conveniente la permanencia en el RPM de quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la pensión, como lo son los de régimen de transición y en ninguno de esos dos casos se encontraba la demandante, toda vez que para la fecha en que decidió su traslado le faltaban más de 15 años para alcanzar la edad reglamentaria de acceso a pensión en el RPM, por lo que resulta imposible para la AFP informar sobre la conveniencia cierta de permanecer en uno u otro régimen pensional, más cuando la demandante tuvo la posibilidad de retractarse del traslado, con la expedición del Decreto 3800 de 2003, para cuya aplicación se expidió la circular 1° de 2004 de la Superintendencia Bancaria, brindando amplia información en medios de comunicación, además, no sobra aclarar que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables frente a otro y por eso el ordenamiento jurídico permitió al afiliado escoger y de no haber realizado ello, tiene restricciones sobre las cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional, sin que se pueda invalidar por vía jurisprudencial bajo el concepto equivocado de que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico, imponiendo retroactivamente a la AFP requisitos u trámites que las normas no contemplaban para la época de la afiliación. De esta manera, dejo sentado mi recurso de apelación rogándole al honorable Tribunal revocar la sentencia aquí proferida.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar las condenas en su contra. Señaló que el error de derecho no vicia el consentimiento, que el tiempo saneo cualquier vicio, que no demostró ninguna coacción en su traslado, que se efectuó con el lleno de los requisitos legales, que la demandante esta incurso en la prohibición legal de traslado por edad y que los recursos del RPM son públicos y que permitir el traslado simplemente porque se alega una mejor mesada conlleva a la insostenibilidad del régimen<sup>2</sup> (39:45 cd fl. 112)

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia por cuanto la ineficacia derivó del incumplimiento del deber de asesoría y buen consejo por parte de la AFP al momento del traslado, sin que se pretenda su nulidad y sin que afecte la sostenibilidad financiera. La demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. Andrés Zahir Carrillo Trujillo, identificado con CC 1.082.915.789 y portador de la TP 267.746 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia por cuanto no existió causal de nulidad del traslado, se aplicó de forma desproporcionada la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la AFP y el traslado al RPM afecta su sostenibilidad financiera, de forma subsidiaria, solicitó la devolución de todas las sumas de la CAIP indexadas.

---

<sup>2</sup> Señoría, siendo el momento oportuno me permito presentar recurso de apelación para que sean los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá quienes revoquen, si así lo consideran, el auto que ordena a Colpensiones traer nuevamente a la señora al régimen de prima media y recibir los aportes de la AFP. Lo basó en que estamos ante un error en un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento, cualquier vicio que hubiese habido en el contrato de la señora Oneyda tenía 4 años para haberlo alegado y ella duró más de 15 años en el RAIS, saneando cualquier tipo de vicio que se hubiese podido creado, por esto, no es nulo el traslado. No se demostró ninguna coacción, el traslado se hizo de manera libre y voluntaria y cumpliendo todos los requisitos legales, lo cual lo hace eficaz, nuevamente sostengo que no se puede trasladar a la señora porque esta incurso en una prohibición legal, por último, se lo dejo sentado a los señores magistrados, recordarles que los dineros del RPM son dineros públicos, dineros que son de pensiones subsidiadas y si nos ponemos a trasladar a las personas que no están conformes con su pensión, porque consideran que pueden recibir una mejor mesada obviando que escogieron, con es su derecho, estar en un régimen u otro, si se traen por este motivo se crea un hueco en el sistema, que hace que el RPM y COLPENSIONES no lo puedan soportar, acabando así este régimen, por eso solicitó a los honorables magistrados que revoquen el auto que ordena a COLPENSIONES a traer nuevamente la señora al régimen de prima media y recibir los aportes de la AFP. muchas gracias su Señora.

## 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **ONEYDA TORRES SANTAMARÍA** nació el 09 de febrero de 1961 (fl. 9, 58); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 05 de junio de 1978 al 29 de febrero de 2004, acumulando 835,29 semanas conforme su historia laboral (fl. 58); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 22 de enero de 2004 (fl. 102), el cual se hizo efectivo el 1° de marzo de 2004 (fl. 94), donde permanece actualmente afiliada.

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.



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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas y a reactivar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP demandada.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la validez del traslado no se afectó porque no se incurrió en prohibición legal, no existía

derecho adquirido de la demandante, no hubo vicio del consentimiento, que le era imposible a la AFP en dicho momento establecer el régimen más favorable, que la demandante no acreditó sus pretensiones y que la jurisprudencia no puede aceptar que el error de derecho vicia el consentimiento ni requerir a las AFP requisitos no vigentes al momento del traslado.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar las condenas en su contra. Afirmó que el error de derecho no vicia el consentimiento, que el traslado se realizó conforme Ley, que la demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento, que su retorno está prohibido por la restricción por edad y que aceptar el mismo afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Pasa el Despacho a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la

sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR** el 22 de enero de 2004 (fl. 102), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que la demandante **ONEYDA TORRES SANTAMARÍA** durante en su interrogatorio hizo referencia a algunas características del RAIS, como lo es la posibilidad de pensionarse antes de la edad exigida en el RPM y la devolución de saldos, sin embargo, tales manifestaciones no equivalen a la prueba de una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ni tampoco se allegó prueba alguna de que recibió dicha asesoría con posterioridad, por cuanto la misma no puede inferirse de los comunicados de prensa acerca del periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 (fl. 100 a 101).

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

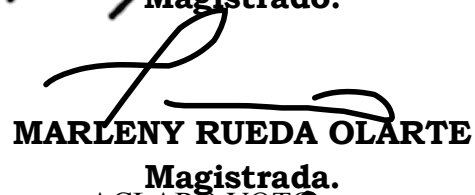
**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores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

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado.**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada.**

ACLARO VOTO  
  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**C03-0037-2020**

**Radicado N° 33-2018-00054-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas, verificar si existen diferencias a cargo de la AFP y a reactivar la afiliación del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP (fl. 140, x cd fl. 141).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 4 a 24).**

**JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a dicha AFP a trasladar el



saldo de la CAIP y sus rendimientos, así como ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante al RPM y actualizar su historia laboral, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS desde el 04 de diciembre de 1985; que el 07 de noviembre de 2000 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado y retornó al RPM, petición que rechazó la Entidad el 24 de enero de 2018.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS y que negó la solicitud de nulidad y retorno al RPM. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP, que se observa que el demandante se afilió de forma voluntaria a la AFP, sin que ello afectara un derecho cierto o expectativa legítima, por lo cual no está en los casos en los que se ha permitido el traslado, el cual es improcedente por la restricción por edad, así mismo, que el deber de realizar proyecciones por la AFP no estaba vigente a la fecha del traslado y no puede alegar la ignorancia de la Ley a su favor. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fl. 64 a 75).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS. Indicó que brindó una completa asesoría sobre el RAIS previo al traslado y le ofreció la posibilidad de una simulación, la cual ha permanecido durante toda la afiliación, luego de lo cual la actora firmó la manifestación de haber recibido una completa asesoría en su formulario de afiliación, que no se observa causal de nulidad y que le corresponde a la demandante acreditar la culpa que alegó de la AFP conforme el artículo 835 CCo,

sin que apliquen las sentencias de la H. CSJ porque los supuestos fácticos de dichos casos son distintos al de la demandante. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 101 a 108).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 140, x cd fl. 141)**

El 15 de octubre de 2019, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR** la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello la afiliación realizada por JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ el 7 de noviembre de 2000, con fecha de efectividad el 1 de enero de 2001 a PORVENIR S.A.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. autorizar el traslado del DTE JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 13,844,599, al RPM y enviar a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del DTE a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos.*

***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES aceptar el traslado del DTE JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 13,844,599, al RPM junto con los respectivos aportes, para lo cual se conmina a Colpensiones a realizar las operaciones aritméticas que conlleven a determinar si existieron diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y lo que se habría obtenido en el RPMPD, cuyo pago surgirá del propio patrimonio de Porvenir, incluyendo las cuotas de administración.*

***CUARTO: COSTAS** quedarán a cargo de la AFP demandada, como agencias en derecho fíjese para PORVENIR S.A. TRES (3) SMLMV.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, planteadas por las demandadas.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia se ordena remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para surtir el grado jurisdiccional de consulta. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si existió un vicio del consentimiento en el contrato

suscrito entre la AFP y el demandante y si como consecuencia de ello hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, para que los aportes sean trasladados al RPM junto con sus rendimientos.

Para resolver indicó que el Decreto 663 de 1993 impuso el deber de información, que se reafirmó con la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, por su parte, la H. CSJ, quien concluyó que la AFP debe asesorar sobre las características de cada régimen y las consecuencias particulares del traslado pensional, so pena de que no exista libertad en la selección del régimen, sin que el solo formulario acredite el cumplimiento de dicho deber, el cual debe demostrar la AFP, pero en el caso concreto hubo confesión ficta contra la AFP por no asistir a la audiencia de conciliación, sin que aporte prueba que desvirtúe tal confesión, además el demandante no tiene el conocimiento técnico sobre la operación del RAIS y el RPM para por sí mismo establecer la conveniencia del traslado y sin que deba tener una expectativa legítima o ser del régimen de transición para exigir el cumplimiento del deber de información y buen consejo, quien además aportó dictamen pericial, el cual señaló que a la fecha de traslado, en 2001, se podía establecer aritméticamente el posible escenario de pensión en ambos regímenes, siendo menos favorable el RAIS en cuanto al monto de la misma, pese lo cual no se le informó ello. Indicó que al declarar la nulidad del traslado, no se aplican las consecuencias del acto nulo y, por ende, cualquier diferencia entre el monto que devuelva la AFP y el que se hubiera ahorrado en el RPM debe asumirla la AFP, quien tampoco podrá acceder a los beneficios del acto nulo como gastos de administración, que deben ser trasladados a **COLPENSIONES**, quien debe reactivar la afiliación al RPM. No decretó prescripción.

### **III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia ya que la AFP no acreditó su deber de información y buen consejo, lo que conlleva la ineficacia del traslado. La demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad

CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. Iván Darío Blanco Rojas, identificado con CC 80.221.256 y portador de la TP 205.113 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto afirmó que el demandante no puede retornar al RPM por la restricción de edad, no se acreditó causal de nulidad, se aplicó de forma desproporcionada la prueba en perjuicio de la AFP y el traslado al RPM afecta su sostenibilidad financiera.

#### **IV. 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 inferirse 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 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* el demandante **JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ** nació el 24 de julio de 1955 (fl. 33); *ii)* el demandante estuvo

afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 04 de diciembre de 1985 al 31 de octubre de 2000, acumulando 767,43 semanas conforme su historia laboral (fl. 76); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 07 de noviembre de 2000 (fl. 112), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2001 (fl. 110), donde a septiembre de 2017 acumulaba 1580 semanas (fl. 43), donde permanece actualmente afiliada.

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a

trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas, verificar si existen diferencias a cargo de la AFP y a reactivar la afiliación del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP.

Pasa el Despacho a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que

un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR** el 07 de noviembre de 2000 (fl. 112), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ**, durante en su interrogatorio, manifestó que se trasladó de forma voluntaria a la AFP demandada, sin embargo, tal respuesta no puede ser apreciada de forma ajena al contexto de la declaración, por cuanto el demandante indicó que no se le indicaron los aspectos propios del RAIS, de los cuales se le informó cuando en 2017 fue a averiguar el monto de su eventual mesada y que le fueron explicados al momento en que se realizó una proyección pensional respecto de su posible pensión en ambos regímenes, así mismo, allegó dictamen pericial (fl. 46 a 59) efectuado por el Dr. Vidal Arturo Castelblanco, quien rindió informe en audiencia y señaló que si era viable en el año 2001 establecer, de forma aproximada y considerando valores financieros históricos y la expectativa de vida certificada, que en condiciones iguales la futura pensión del demandante en el RAIS es del 15% de la pensión que le correspondería en el RPM, información que indicó el demandante no le fue brindada, sin que se aportara prueba alguna por parte de la AFP de brindar una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala modificará la decisión en primera instancia para declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba,



acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP, por lo cual se confirmará dicha condena.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** se encuentra facultada para 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 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 del RAIS RAIS al RPM que realizó el demandante **JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ** mediante su afiliación a **PORVENIR** el 07 de noviembre de 2000, conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.  
ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0112-2020**

**Radicado N° 08 2017 00668 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**JUAN MANUEL HENAO CARDONA**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes a partir del 8 de febrero de 2017, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que la señora MARLENY ZAPATA MARTINEZ realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones entre el 1° de enero de 1976 y el 1° de enero de 2001 para un total de 586 semanas, que ésta falleció el 8 de febrero de 2017, que de la totalidad de las cotizaciones, 374 semanas fueron cotizadas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, y que mediante Resolución N° 008902 del 18 de marzo de 2005, el ISS reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la causante. Aduce que en su calidad de cónyuge de la causante solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes y la entidad mediante resolución SUB 676618 del 17 de mayo de 2017 la negó con fundamento en que MARLENY ZAPATA no acreditaba el número mínimo de semanas que exige la Ley 860 de 2003, que solicitó y la entidad mediante Resolución SUB 200673 del 20 de septiembre de 2017 la negó aduciendo que la causante tenía una prestación reconocida que es incompatible con la reclamada.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados el fallecimiento de la causante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno y buena fe (fls. 39 a 44).

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

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** ABSOLVER a la demandada Colpensiones, de todas y cada una

*de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante Juan Manuel Henao Cardona, conforme a lo considerado. **SEGUNDO:** DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos. **TERCERO:** Sin condena en costas. **CUARTO:** Enviar el presente asunto al honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.*

La Juez definió el problema jurídico en determinar en determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes reclamada en este proceso. Para resolverlo indicó que la norma aplicable es la vigente al momento del fallecimiento del causante, esto es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, pero la causante no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha del deceso. Sobre la aplicación del principio de la condición más beneficiosa dijo que de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación de este principio es dable remitirse a la norma inmediatamente anterior a la vigente en la fecha del fallecimiento y no a realizar un estudio histórico de normas hasta encontrar la que encaje en la situación particular. Concluye que la causante no dejó causada la pensión ni con la Ley 797 de 2003, ni con la Ley 100 de 1993, y por ello no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que si bien la causante no cumplía con el número mínimo de semanas que exige la Ley 797 de 2003 y la Ley 100 de 1993, lo cierto es que acreditó cotizaciones por más de 300 semanas antes de la Ley 100 de 1993 y por ello es procedente aplicar el Acuerdo 049 de 1990 para reconocer la prestación reclamada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de proferir, ello en razón a que la sentencia que acabo de dictar vulnera el principio de la condición más beneficiosa, vulnera también el derecho a la seguridad social, el derecho a la vida en condiciones dignas: Solicito al honorable Tribunal que revoque la sentencia proferida dentro del honorable Juzgado de primera instancia, ello en razón de que si bien es cierto que la señora al momento de fallecer estaba vigente lo preceptuado en la ley 797 y que tampoco cumplió las 26 semanas de acuerdo a lo estipulado en la Ley 100 de 1993, no

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. 37.627.008 y portadora de la T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado sustituto de dicha entidad.

La referida apoderada, presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que la entidad había reconocido a la causante una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y esta prestación es incompatible con la pensión de sobrevivientes que se reclama.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación y el escrito de demanda.

#### **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

---

es menos cierto que ella cotizó más de 300 semanas antes de la Ley 100 de 1993 y obviamente se hace necesario que se le aplique el Acuerdo 049 de 1990, en esos términos dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias su señoría”



## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: **i)** MARLENY ZAPATA MARTINEZ nació el 18 de enero de 1948 (fl. 26); **ii)** que durante toda su vida laboral cotizó un total de 485.29 semanas al ISS hoy Colpensiones transcurridas entre el 1° de junio de 1976 y el 31 de agosto de 2000 (fl. 10); **iii)** que mediante Resolución N° 08902 del 18 de marzo de 2005 el ISS reconoció una indemnización sustitutiva de pensión de vejez a la causante en cuantía de \$3.178.992 (CD. 5, fl. 111, expediente administrativo); **iv)** que el demandante JUAN MANUEL HENAO CARDONA y la causante se encontraban casados desde el 29 de diciembre de 1978 (fl. 21); **v)** que la causante falleció el día 8 de febrero de 2017 (fl. 20).

### - **Pensión de Sobrevivientes**

El apoderado de la parte demandante solicita en el recurso, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama en este proceso.

Sobre este principio, es pertinente señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha definido en reiterada jurisprudencia (SL 379-2020, SL9762-2016, CSJ SL9763-2016, CSJ SL9764-2016), que en virtud del principio de la condición más beneficiosa, se acepta la aplicación ultractiva de normas derogadas como excepción a la regla general, referida a que la norma que gobierna la situación pensional en un caso específico es la vigente al momento del fallecimiento del causante o la fecha de estructuración del estado de invalidez. Ha dicho la Corte que en aplicación de este principio solo es posible estudiar si el afiliado cumplía los requisitos definidos en la ley inmediatamente anterior a la vigente al momento del hecho que causa el derecho (fallecimiento o invalidez), y que en virtud de ésta el juzgador no puede realizar un

estudio histórico de las normas anteriores para encontrar la que se ajusta a la situación o condiciones particulares del caso.

Así las cosas, atendiendo que la causante falleció el 8 de febrero de 2017 (fl. 20), la norma que regula su situación por aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es la contenida en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Esta norma define el derecho a la pensión de sobrevivientes para los beneficiarios del afiliado que ha cotizado por lo menos 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento (por no encontrarse cotizando al momento del deceso).

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, se advierte que la causante no cotizó ninguna semana dentro del año anterior a su fallecimiento, pues la última cotización realizada al sistema de pensiones, según lo acredita la historia laboral aportada al expediente en folio 10, fue el 31 de agosto 2000.

Para responder el argumento de apelación referido a que por aplicación del principio de la condición más beneficiosa es posible definir el derecho a la luz del Acuerdo 049 de 1990, lo cierto es que en aplicación del criterio definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, no es procedente hacer un recuento histórico de normas para encontrar la que se ajusta a la situación del afiliado y así ordenar el reconocimiento de la prestación, conforme lo reiteró en la sentencia SL1938-2020 del 10 de junio de 2020.

Como el juez de primera instancia llegó a la misma conclusión se confirmará su decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado** SALVO VOTO

SALVAMENTO DE VOTO. En mi criterio, el derecho reclamado se regula por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, pues si bien es cierto que la muerte del causante ocurrió en vigencia de la Ley 100 de 1993, también lo es que para la fecha en que dicha norma entró en vigencia había cumplido todos los requisitos dispuestos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar la prestación reclamada. Según lo dispone claramente el artículo 25 del Decreto 758 de 1990 y por tratarse de un seguro para el cual venía cotizando el afiliado, el derecho de su núcleo familiar a una pensión de sobrevivientes nacía o se causaba cuando -COMILLAS DE LO DICHO EN LA NORMA- "el asegurado haya reunido el número y densidad de cotizaciones que se exigen para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común". Esta densidad la definía el artículo 6° del mismo decreto, en el cual se exigen 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la invalidez (muerte), o 300 semanas en cualquier época anterior a dicho estado. Sobre la materia, el literal del artículo 26 del citado decreto, dice: "la pensión se causa cuando se reúnen los requisitos establecidos en el presente reglamento y se reconoce y paga a partir de la fecha del fallecimiento del asegurado o pensionado". Esta norma hizo una correcta distinción entre el momento en que se causa la prestación -por un lado-, y el momento en que procede el reconocimiento de la primera mesada -por el otro-, asunto de capital importancia en cuanto de su comprensión dependerá la adecuada escogencia de la norma que regula el derecho de cada afiliado.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado Ponente**

**S03-0113-2020**

**Radicado N° 011 2018 00386 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 8 de agosto de 2019, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2018.

## **I. ANTECEDENTES**

### **LA DEMANDA**

**MARLEN MARTINEZ TINJACA**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 21 de julio de 2015, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que nació el 5 de febrero de 1959; que se encuentra afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 1° de octubre de 1979; que acredita un total de 964.29 semanas al 30 de abril de 2018; que su empleador **CONDOR LEATHER LTDA**,

presenta una mora patronal del periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1994 y el 23 de diciembre de 1994 por un total de 11.85 semanas; que la demandada nunca ejerció las acciones de cobro por dicho periodo; que a 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad; que a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 contaba con 753.71 semanas de cotización y si bien su historia laboral solo acredita 741.86, debe tenerse en cuenta el período en mora del empleador referido. Aduce que cumplió 55 años de edad el 5 de febrero de 2014 y el día 25 de julio de 2015, solicitó el reconocimiento de la pensión a COLPENSIONES, dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud mediante Resoluciones GNR 295145 del 24 de septiembre de 2015, GNR 43986 del 10 de febrero de 2016 y VPB 16755 del 13 de abril de 2016 y la indujo en error, por lo que continuo cotizando hasta abril de 2018.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la edad, afiliación de la demandante y actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 42 a 50).

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

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 8 de agosto de 2019, condenó a la demandada a reconocer y pagar una pensión de vejez. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** DECLARAR que la señora MARLEN MARTINEZ TINJACA es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36

de la Ley 100 de 1993, de conformidad a lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 12 y 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a favor de la señora MARLEN MARTINEZ TINJACA identificada con CC. N° 41.773.219 a partir del 1° de junio de 2018, en cuantía inicial de \$781.242, por trece mesadas al año, más los incrementos de ley, junto con el retroactivo causado hasta la respectiva inclusión en nómina por parte de Colpensiones, conforme a lo expresado en la parte considerativa de la presente sentencia, así mismo se autoriza el descuento de los aportes en salud, conforme a lo expresado en la parte considerativa de la presente sentencia. **TERCERO:** DECLARAR que a la demandante, MARLENE MARTINEZ TINJACA le asiste el derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 1° de junio de 2018 hasta la fecha en que se verifique el pago del retroactivo. **CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada especialmente la prescripción, conforme a la parte motiva de este proveído. **QUINTO:** CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso. Líquidense por secretaría incluyendo la suma de \$1.200.000, como valor en que se estiman las agencias en derecho. **SEXTO:** REMITIR la presente decisión al Honorable Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y si es procedente el reconocimiento de la pensión bajo el amparo del Acuerdo 049 de 1990. Para resolverlo indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, en tanto está acreditado que a 25 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas cotizadas, que si bien en la historia laboral de la demandante se refleja un número inferior, lo cierto es que debe computarse el periodo que figura en mora del empleador CONDOR LEATHER LTDA. Y que no fue tenido en cuenta por la demandada. Concluyó que la demandante acredita el cumplimiento de los requisitos definidos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar el derecho y por ello procede el reconocimiento de la pensión a partir del 1° de junio de 2018.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandada pide que se revoque la condena al pago de intereses moratorios, pues si bien la jurisprudencia ha definido que cuando las entidades no ejercen las acciones de cobro frente a los empleadores morosos, deben asumir estas cotizaciones, se estaría aplicando una doble sanción imponiendo el reconocimiento de aportes no realizados por el empleador y el reconocimiento de intereses moratorios. Pide además que los demás aspectos se estudien en virtud del grado jurisdiccional de consulta<sup>1</sup>.

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

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado con C.C. 1.016.035.426 y portador de la T.P. 269.922 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado, presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia con fundamento en que reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha definido que la mora del empleador solo puede

---

<sup>1</sup> “Muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá que me permito sustentar bajo las siguientes consideraciones y de entrada solicitando sea lo primero que se revise en el grado jurisdiccional de consulta los aspectos que no voy a apelar, dado que únicamente apelaré el tema de los intereses moratorios para que el honorable Tribunal revoque los mismos en atención a que si bien existieron unos periodos en mora y mi representada está facultada para iniciar el cobro coactivo, conforme el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 también es obligación del empleador pagar estos periodos, por lo cual por una omisión del empleador no se puede gravar a mi representada, máxime cuando la honorable Corte Suprema de Justicia ha aceptado el criterio de los derechos de la seguridad social ha sido la jurisprudencia que ha desarrollado el tema y los aspectos que no se encuentran regulados como es este, que es el tema atinente que cuando el empleador o cuando las entidades administradoras no realizan el cobro coactivo o las acciones coactivas deben ser éstas las que respondan, este ha sido un tema que ha sido desarrollado jurisprudencialmente, por lo cual el gravamen adicional de los intereses moratorios máxime cuando también tiene que soslayar este aporte que no realizó el empleador sería un doble costo para mi representada, por lo cual ésta sigue manteniendo su postura de reconocer estos periodos en mora, por lo cual y en atención a lo manifestado ruego se absuelva a mi representada de los intereses moratorios y lo demás se resuelva en el grado jurisdiccional de consulta, gracias así dejo sustentado mi recurso”

reconocerse cuando existe prueba del vínculo laboral durante el periodo en mora y ello no se probó en este proceso.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, pues en el proceso se probó la existencia del derecho a la pensión.

## **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 y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que en consulta a favor de la demandada.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante tiene derecho a la pensión de vejez que reclama, por aplicación del régimen de transición y en dado caso establecer si es procedente la condena al pago de intereses moratorios.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: **i)** que la demandante nació el 5 de febrero de 1959 (fl. 12); **ii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones de manera interrumpida entre el 1° de octubre de 1979 y el 30 de abril de 2018, para un total de 964.29 semanas (fl. 13); **iii)** que el día 25 de julio de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión a Colpensiones, y mediante Resoluciones GNR 295145 del 24 de septiembre de 2015, GNR 43986 del 10 de febrero de 2016 y VPB 16755 del 13 de abril de 2016 se resolvió de manera desfavorable su petición (fls. 20 a 33).

- **Condición de beneficiaria del régimen de transición del demandante y derecho a la pensión.**



Para definir este aspecto encuentra la Sala que MARLEN MARTINEZ TINJACA está amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues según lo demuestra la copia de la cédula de ciudadanía nació el 5 de febrero de 1959 (fl. 12), y si bien el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en su parágrafo transitorio N° 4 que dicho régimen de transición expiraría a partir del 31 de julio de 2010, dejó a salvo las personas que a la entrada en vigencia de dicha reforma (25 de julio de 2005), tuvieran más de 750 semanas cotizadas o el equivalente en tiempo de servicios, para ellos conservó la transición hasta el año 2014. En esta situación se encontraba la demandante, pues para el 25 de julio de 2005 contaba con 754.82 semanas de cotización, según se observa de la historia laboral que obra en el CD de folio 55 que contiene el expediente administrativo.

Para el cómputo de semanas la Sala tuvo en cuenta la totalidad de las cotizaciones que aparecen reportadas en la citada historia laboral, pues independientemente de que COLPENSIONES excluyera el tiempo transcurrido entre octubre y diciembre de 1994 por mora del empleador CONDOR LEATHER LTDA., lo cierto es que esta entidad tenía la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, sobre este periodo en que la demandante figura con una vinculación laboral de este empleador y sobre la cual no se encuentra registrada novedad de retiro alguna (fl. 55 CD. expediente administrativo).

Sobre este último aspecto, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de forma reiterada y pacífica que el afiliado no está llamado a soportar las consecuencias negativas de la mora en el pago de aportes, por cuanto la administradora estará obligada a tener como válidos los periodos en mora como responsabilidad por no adelantar las gestiones de cobro siempre y cuando el trabajador hubiera sido válidamente afiliado, por cuanto el éste causa el derecho del aporte con la prestación del

servicio y no es responsable en su pago, así lo reiteró esa Alta Corporación más recientemente en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

Ahora bien, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, norma aplicable a la situación pensional de la demandante por transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, establece el derecho a la pensión de vejez para las mujeres que cumplan 55 años de edad y hayan efectuado cotizaciones al sistema de pensiones durante quinientas (500) semanas dentro los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo.

Teniendo en cuenta dicho referente normativo se advierte que MARLEN MARTINEZ TINJACA cumplió 55 años de edad el 5 de febrero de 2014 (fl. 112), fecha para la cual completaba 527.18 semanas de cotización realizadas dentro de los 20 años anteriores la cumplimiento de la edad (entre el 5 de febrero de 1994 y el 5 de febrero de 2014), si bien la actora realizó cotizaciones con posterioridad a esta fecha, lo cierto es que dichos aportes se hicieron por el error en que la hizo incurrir COLPENSIONES al manifestarle en la Resolución GNR 43986 del 10 de febrero de 2016, que no cumplía la densidad de cotizaciones y que podía continuar cotizando para causar el derecho. No obstante lo anterior y dado que este aspecto no fue apelado por la demandante y su revisión se realiza en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada, se confirmará en este aspecto la sentencia que ordenó el pago de la pensión a partir del 1° de junio de 2018, para no agravar el interés de la entidad.

Así las cosas, también se confirmará la sentencia apelada en cuanto ordenó el pago de la pensión en 13 mesadas anuales y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, pues sobre esta base se realizaron las cotizaciones.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por la demandada, encuentra la Sala que ésta no operó, pues la

demandante solicitó el reconocimiento de la pensión a la entidad el 21 de julio de 2015 (fl. 20), la cual fue resuelta en última instancia por la Resolución VPB 16755 del 13 de abril de 2016, que fue notificada a la actora el 25 de mayo de 2016 (fls.29 a 33). Como la demanda se presentó el 17 de julio de 2018 (fl. 34), no transcurrió el término trienal dispuesto en los artículo 488 del CST y 151 del CPL y por ello se confirmará la decisión de primera instancia que declaró no probada esta excepción.

Frente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, se confirmará también en este punto la sentencia de primera instancia.

#### - **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 92 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994<sup>3</sup>, establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el

---

<sup>2</sup> “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

<sup>3</sup> Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses

derecho. Sobre este derecho también conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió la integración normativa del Acuerdo 049 de 1990 con la ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223).

Así las cosas, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que la demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 21 de julio de 2015 (fl. 20), que ésta tenía causado su derecho a la pensión desde el 5 de febrero de 2014 (fecha para la cual contaba con la densidad de semanas exigida y cumplió la edad), por ello procedería el pago del interés a partir del 22 de noviembre de 2015, no obstante y dado que el juez definió que éste corre desde el 1° de junio de 2018, se confirmará en este aspecto la decisión para no agravar el interés de la entidad como único apelante de este punto de la controversia.

Precisa la Sala para responder el argumento de apelación que plantea la demandada, que la norma que regula la materia no contempla excepciones para la imposición de este estipendio, pues define la existencia del derecho por la sola mora en el pago de las mesadas a sus afiliados. Tampoco constituiría un doble pago a cargo de la entidad la condena por intereses moratorios y el reconocimiento de periodos en mora, pues el primero sanciona la mora en el pago de las mesadas de pensión, como se dijo, y el segundo castiga la falta de ejercicio de las acciones pertinentes para obtener el pago de los aportes en mora.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado**



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

**S03-00084-2020**

**Radicado N° 13 2018 00558 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada al pago de prima de servicios, auxilio de transporte, indemnización moratoria y aportes al sistema de pensiones.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUISA FERNANDA MOSQUERA GIRON**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **90 CALENTADOS S.A.S.** Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 16 de junio de 2016 hasta el 17 de diciembre de 2016 y se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, riesgos laborales,

indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

**LUISA FERNANDA MOSQUERA GIRÓN** fundamentó las pretensiones en que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 16 de junio de 2016, a través de un contrato verbal, que desempeñaba el cargo de platera y juguera cumpliendo un horario de 9 de la mañana a 5 de la tarde, que devengaba un salario mínimo y su jefe inmediato era el señor David Gutiérrez Montoya. Aduce que no le pagaron auxilio de transporte ni prima de servicios, que al ver que sus demás compañeros recibían el pago de la prima y ella no, preguntó a su jefe por el pago de esta prestación y le respondieron que no tenía derecho, posteriormente le informa a su jefe que al acudir al inspector del trabajo éste le dijo que tenía derecho al emolumento, razón por la que su jefe se molestó y la despidió el 17 de diciembre de 2016. Afirma que no recibió pago de liquidación alguna y que citó a la demandada al Ministerio de Trabajo para una conciliación el día 20 de febrero de 2017, diligencia a la cual dicha sociedad no asistió.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La sociedad **90 CALENTADOS S.A.S.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos manifestó que la demandante ingresó a laborar el 1° de noviembre de 2016 y no en la fecha que afirma en la demanda, aceptó el cargo que ocupó, el salario y la fecha de terminación del contrato, sobre los demás hechos manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 29 a 37).

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

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de mayo de 2019, condenó a la demandada al pago de prima de servicios, auxilio de transporte, indemnización moratoria y aportes al sistema de pensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el

siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** CONDENAR a la demanda 90 calentados a pagar a la demandante las siguientes sumas: \$90.012 pesos por concepto de prima de servicios, \$121.730 por concepto de auxilio de transporte y \$4.347.365 pesos a título de indemnización moratoria. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demanda a pagar los aportes de pensión por el periodo del 1° de noviembre al 16 de diciembre de 2016 los cuales deberán ser liquidados por Colpensiones donde se encuentra afiliada la demandante teniendo en cuenta para ello el SLMLMV que devengada. En **TERCER** lugar, se absuelve a la demanda de las demás pretensiones en su contra y en **CUARTO** lugar, declarar probada la excepción de pago parcial y no demostradas las demás excepciones”

El Juez definió el problema jurídico en determinar los extremos de la relación laboral aceptada por la parte demandada y si procede la imposición de las condenas solicitadas en la demanda. Para resolverlo indicó que la demandante no probó la existencia del contrato de trabajo desde la fecha que reclama, esto es 16 de junio de 2016, pues no aportó pruebas al respecto y la única testigo escuchada en el proceso manifestó una fecha totalmente diferente sobre la fecha de ingreso de la actora. Sobre el pago de acreencias laborales indicó que la demandada realizó una consignación por concepto de cesantías y vacaciones, quedando pendiente el valor correspondiente a la prima de servicios y auxilio de transporte, conceptos sobre los cuales fulminó condena. También condenó al pago de los aportes respectivos al sistema de pensiones, por no existir prueba de su pago y ordenó el pago de la indemnización moratoria a razón de 145 días, sobre la indemnización por despido injusto dijo que al no probarse el hecho del despido no procedía condena por este concepto.

### **III. RECURSO DE APELACION**

Inconforme con la decisión anterior el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la condena relativa a la indemnización moratoria, pues en el proceso se acreditó que existió buena fe por parte de la sociedad demandada



en cuanto tuvo problemas para contactar la demandante y realizar los pagos a tiempo, hecho que corrobora la testigo escuchada en el proceso, que de todas formas ante la imposibilidad de contactar a la actora, consignó el valor correspondiente a sus prestaciones en el Banco Agrario<sup>1</sup>.

Por su parte el apoderado de la parte demandada, interpuso recurso de apelación para solicitar que se amplíe la condena al pago de la indemnización moratoria hasta el momento en que se realice el pago de las prestaciones adeudadas.<sup>2</sup>

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto condenó al pago de indemnización moratoria, pues la actuación de su representada se enmarca dentro de los postulados de la buena fe y por ello no procede el pago de indemnización moratoria.

Por su parte la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

---

<sup>1</sup> *“Apelo frente a la indemnización moratoria teniendo en cuenta que en el transcurso del proceso se demostró una buena fe por parte del empleador y se reconoció ciertas fallas las cuales no se realizaron los pagos a tiempo, se demostró y se afirmó en el testimonio de la señora Oranis y en la contestación de la demanda que a la demandante fue imposible contactarla, la empresa hizo todo lo posible pero no hubo resultados, a tal punto que como fue aprobado por el despacho se hizo la consignación al banco agrario en marzo de 2017 hasta mayo de 2017 al mismo juzgado cuarto, además que debe tenerse en cuenta que cuando se demuestra la buena fe del empleador, no es susceptible acceder a dicha indemnización”.*

<sup>2</sup> *“Coadyuvo la apelación y considero que la sanción moratoria debió contarse desde el momento que quedó cesante mi representada hasta el día en que se surte el pago de lo adeudado. Yo apelo en virtud a que considero que la decisión debió abarcar los extremos desde que fue desvinculada mi poderdante hasta el día que se pague la totalidad de lo adeudado”.*

## **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la condena al pago de indemnización moratoria y en dado caso establecer su fecha de corte.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvertieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que entre la demandante y 90 CALENTADOS S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 1° de noviembre y el 16 de diciembre de 2016 (así lo aceptó la demandada en la contestación a la demanda y lo definió el juez de primera instancia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de recurso); **ii)** y que la demandante devengaba un salario mínimo legal mensual vigente y ocupaba el cargo de platera y juguera (hechos aceptados por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 31).

### **- Indemnización moratoria**

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora, y aunque dicha sanción no es automática ni inexorable, la jurisprudencia ha sido unánime en definir que para exonerar al empleador de su pago, éste debe acreditar, no solo que su conducta de abstención ocurrió con buen fe, sino fundamentalmente, que ella está exenta de culpa frente al cumplimiento de los

procedimientos legales que regulan el pago de las obligaciones laborales.

Para este último efecto, la misma norma define en el numeral 2°, el trámite que debe agotar el empleador para cumplir con sus obligaciones mediante el pago por consignación ante el Juez del trabajo o en su defecto ante la primera autoridad política del lugar, trámite que solo concluye cuando el trabajador conoce el pago efectuado y tiene a disposición los valores depositados.

Teniendo en cuenta lo anterior y revisadas las pruebas que obran en el expediente, se observa que el día 24 de marzo de 2017 la sociedad demandada constituyó el título de depósito judicial N° A6278507 (fl. 41) a nombre de la demandante por la suma de \$236.087 por concepto de prestaciones sociales, título que fue puesto a disposición del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito con la respectiva autorización de pago el día 12 de mayo de 2017 (fl. 40), donde se registraron los datos de la demandante para que le fuera realizado el pago.

Del testimonio rendido por ODALIS MARIA ROMERO PEREZ (CD. 1 min. 29:09), quien trabaja al servicio de la demandada desde el 4 de enero de 2015, nada relevante sobre el particular se extrae, pues ésta solo manifestó haber llevado a trabajar a la demandante en noviembre de 2016, porque necesitaba el trabajo, dijo que no le constan si le fueron canceladas las prestaciones sociales, ni sabe cuánto devengaba ni qué tipo de contrato tenía.

Así las cosas, y valorando en conjunto las pruebas aportadas y que sirven a la controversia planteada en esta instancia, se concluye que la demandante solo tuvo a su disposición el título judicial constituido por la demandada a su favor, el día 12 de mayo de 2017, cuando el empleador comunicó y dio la autorización de pago al Juzgado que recibió dicho título por reparto, por ello es hasta esta fecha que debe correr la misma. No puede entenderse que la indemnización reclamada deba mantenerse hasta el momento en que

la demandada realice el pago completo de lo adeudado, pues ésta realizó el pago de lo que creía adeudar a la demandante y solo hasta esta decisión judicial se definió que el valor adeudado era superior, por lo que no puede de manera automática entenderse que la conducta de la sociedad demandada es de mala fe, en cuanto decidió consignar el valor que creía adeudar, lo que en criterio de la Sala excluye un actuar de mala fe.

Como el Juez de primera instancia llegó a la misma conclusión se confirmará en lo pertinente su decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

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


**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

**Magistrado**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle of the letters.

**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**



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

**S03-0104-2020**

**Radicado N° 15 2019 00130 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**BLANCA CECILIA PULIDO DE CHAPARRO**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada, al reconocimiento y pago del incremento del 14%, por su cónyuge Mauro Roberto Chaparro Cardozo, quien depende económicamente de la pensionada, al reconocimiento y pago de la respectiva retroactividad de los incrementos debidamente indexados, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó su pretensión, en que la entidad demandada mediante Resolución GNR 042116 del 18 de marzo de 2013 le reconoció pensión de vejez a partir del 16 de junio de 2012, que su cónyuge depende económicamente de ella y conviven desde hace más de 40 años; que solicitó a la demandada el incremento pensional del 14% y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación (fls. 31 a 35).

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

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 23 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** ABSOLVER a la entidad demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la presente acción por la señora BLANCA CECILIA PULIDO DE CHAPARRO, y en éstos términos declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación propuestas por esta parte demandada, conforme lo expuesto. **SEGUNDO:** CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un SMLMV para el año 2019 de \$828.116. **TERCERO:** si la presente providencia no fuere impugnada se remitirá al superior para que la revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta, dado el resultado desfavorable para la parte demandante”.

Como fundamento de la decisión, indicó que de acuerdo a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019

los incrementos pensionales perdieron vigencia con la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 y por ello no procede el reconocimiento del derecho que se reclama.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que se dan los presupuestos para el reconocimiento del incremento reclamado y solicita que no se de aplicación a la sentencia SU 140 de 2019, en cuanto la demanda que dio inicio a este proceso se presentó con anterioridad a la expedición de dicha sentencia<sup>1</sup>.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder al Dr. FELIPE ALBERTO GRANADOS PRECIADO, identificado con C.C. 1.018.418.797 y portador de la T.P. 222.106 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado, presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados, pues se ajusta a derecho la decisión en cuanto definió que éstos fueron derogados con la Ley 100 de 1993 y aplicó lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU – 140 de 2019.

---

<sup>1</sup> “De la manera más respetuosa me permito presentar el recurso de apelación de la sentencia de primera instancia en los siguientes términos. Teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso el cónyuge de mi poderdante ha convivido con ella de manera ininterrumpida y permanente, no recibe renta y no se encuentra trabajando, no recibe ningún subsidio por parte del Estado y tampoco recibe ninguna herencia o no realiza ninguna actividad económica que le permita generar algún ingreso, a su vez le solicito a los honorables magistrados del TSB que se aparten de la SU 140 del 10 de junio de la presente anualidad, toda vez que mi poderdante, la señora Blanca Cecilia Pulido de Chaparrro no tiene por qué asumir cargas innecesarias por la demora de la administración de justicia, como quiera que esta demanda fue admitida por este despacho el 10 de abril de 2019, gracias su señoría”



Por su parte, el apoderado de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se ordene el pago de los incrementos solicitados, pues se cumplen los presupuestos definidos en la norma para su reconocimiento.

## **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Estudia la Sala si en el presente asunto, procede el reconocimiento del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

## **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución GNR 042116 del 18 de marzo de 2013 la entidad demandada reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 16 de junio de 2012 (fls. 26 a 28); **ii)** que la demandante se encuentra casada con Mauro Roberto Chaparro Cardozo desde el 1° de marzo de 1975 (fl. 12); y **iii)** que mediante comunicación del 8 de octubre de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fl. 24).

Para resolver la controversia, e independientemente de las razones expuestas en el recurso, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de*

*incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994”.*

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López, lo cierto es que, con la reciente decisión la Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por ello se confirmará la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

Para responder el argumento de apelación, la Sala dirá que es procedente la aplicación de la decisión judicial, aun cuando fue proferida con posterioridad a la fecha en que este proceso inició y se solicitó el reconocimiento del derecho, pues las decisiones emitidas en primera y esta instancia, se dictan para el momento en que ya se había proferido la sentencia SU referida, luego, previo a dictar la decisión judicial no se ha consolidado derecho alguno en favor de la parte que lo reclama y por ello es susceptible de modificación y aplicación de los criterios vigentes al momento de proferir la decisión que en derecho corresponde.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**



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

**S03-0093-2020**

**Radicado N° 17-2018-00285-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ** en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 90 a 91, 26:10 cd fl. 85).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 2 a 8).**

**MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ** solicitó declarar cotizó 9.586 días equivalentes a 1369 semanas, en consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** a reliquidar su pensión de vejez según el Decreto 758 de 1990 con los aportes realizados en toda su vida laboral y con una tasa de reemplazo del 90%, indexando las sumas para mantener su poder adquisitivo, a los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 1° de octubre de 1954, por tanto, al 1° de abril de 1994 contaba con 39 años de edad y en 2005 contaba con más de 750 semanas cotizadas, cotizando 1369 semanas en el sector privado y público. Señaló que el extinto ISS le reconoció pensión de vejez mediante la Resolución 28195 del 18 de agosto de 2011 conforme la Ley 71 de 1988, por ello solicitó el 1° de noviembre de 2016 a **COLPENSIONES** la reliquidación de su pensión de vejez conforme los aportes realizados en toda su vida laboral y con una tasa de reemplazo del 90% en virtud del Decreto 758 de 1990 y el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, petición que negó la Entidad con la Resolución GNR 330620 del 08 de noviembre de 2016, contra la cual presentó recurso de apelación solicitando aplicar la sentencia SU769 de 2014 que autorizó la acumulación de aportes públicos y privados en el régimen del Decreto 758 de 1990, pese lo cual la Entidad confirmó el acto con la Resolución VPB 2874 del 24 de enero de 2017, posición que desconoció el principio de favorabilidad y progresividad laboral y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 66 a 78).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Acepto los hechos relativos a la edad de la demandante, su reconocimiento pensional conforme la Ley 71 de 1988 y que negó la solicitud de reliquidación pensional aplicando el Decreto 758 de 1990. Indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional, que cotizó 1369 semanas al sector público y privado, motivo por el cual le reconoció la pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988 que permite acumular tiempos públicos y privados, norma que es la más favorable porque permite una tasa de reemplazo del 75% sobre un IBL que ya calculó la Entidad comparado el promedio de toda vida laboral y el de los últimos 10 años cotizados, escogiendo el más favorable, mientras que el Decreto 758 sólo permite considerar los tiempos privados, que para el caso de la demandante son solo 798 semanas, sin que sea aplicable la sentencia SU769 de 2014 ya que solo procede para personas en estado de vulnerabilidad, que no es el caso de la demandante.

Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de **COLPENSIONES**, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación, reajuste, intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demanda, compensación, improcedencia del pago de costas por instituciones administradoras de la seguridad social públicas y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 90 a 91, 26:10 cd fl. 85)**

El 23 de septiembre de 2019 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR PROBADAS** las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido propuestas por COLPENSIONES según las razones expuestas.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora María Antonia Piñeros Sánchez identificada con C.C. 41.648.532 según las razones expuestas.*

***TERCERO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandante. En firme esta providencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$300.000.*

***CUARTO: SE DISPONE LA CONSULTA** a favor de la demandante. Remítase el expediente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de este Distrito judicial. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer la procedencia de reliquidar la pensión de la demandante aplicando el Decreto 758 de 1990, teniendo en cuenta que dicha prestación fue reconocida considerando la Ley 71 de 1988.

Para resolver indicó que mediante la Resolución del 18 de agosto de 2011 el extinto ISS reconoció a la demandante una pensión de vejez conforme la Ley 71 de 1988 en cuantía de un (1) smlmv, prestación que pretenden reliquidar la demandante conforme el Decreto 758 de 1990, acreditando la demandante 798 semanas cotizadas en tiempos privados, sin cumplir los requisitos exigidos para causar el derecho

conforme el precitado Decreto, por cuanto si bien demuestra tiempos de servicio al sector público en el Senado de la República, la H. CSJ ha determinado que el Acuerdo 049 de 1990 excluye los tiempos públicos, tal y como indicó en la sentencia SL Rad. 52.777 del 17 de febrero de 2016 y SL4031 de 2017, motivo por el cual declaró probada las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, absolvió de las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el Juez de primera instancia consideró la Ley 71 de 1988 y la posición de la H. CSJ para resolver el caso, sin embargo solicitó aplicar la posición de la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-769 de 2014, reafirmada en la sentencia T-372 de 2016, según la cual el Acuerdo 049 de 1990 no condicionó que los únicos aportes que se pueden considerar son los aportados al ISS, por lo cual los periodos laborados en entidades estatales se pueden contabilizar a efectos de cumplir los requisitos de pensión, porque impedir dicha acumulación limita el goce efectivo a la seguridad social, que en el caso de la demandante implica perder el derecho a acceder a su pensión considerando los aportes que efectuó en toda su vida laboral y una tasa de reemplazo mayor, lo que desconoce la garantía de la favorabilidad laboral y el principio pro homine<sup>1</sup> (27:22 cd fl. 85).

---

<sup>1</sup> Gracias señora Juez. Me permito presentar apelación del fallo que acaba de emitir su Despacho Interpongo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta lo siguiente. En este caso el objeto del recurso de apelación es que se revoque la decisión de primera instancia, que declaró probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, esto es, la inexistencia de la obligación y el cobro de lo no debido. En consecuencia, se acceda a la totalidad de las pretensiones de la demandada. Fundo este recurso de apelación teniendo en cuenta lo siguiente, que si bien el fallador de primera instancia al hacer análisis frente al derecho pensional de mi poderdante lo basó de conformidad la Ley 71 de 1988 y con base en las sentencias de la H. CSJ Sala Laboral, solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se revoque la decisión de primera instancia en aplicación de la sentencia SU 769 de 2014 de la H. Corte Constitucional, que ha sido una línea jurisprudencial reiterada y pacífica por parte de la Corte en donde desarrolla el concepto y la pensión de vejez bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, que en un pronunciamiento más reciente, la Corte en la sentencia T-372 de 2016 indicó: “5.3. Se hace claridad en la sentencia de unificación que es posible acumular los tiempos de servicios aportados a las cajas o fondos de previsión social con las semanas de cotización efectuadas al ISS, lo anterior, por cuanto la exclusividad de los aportes a esta Entidad constituye un requisito no contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, advirtió el precedente que impedir la acumulación de tiempos de servicios constituye una circunstancia que puede limitar el goce efectivo del derecho a la seguridad social, de igual manera determino que el hecho de que la entidad pública no hubiera realizado las respectivas cotizaciones o descuentos no puede ser una conducta imputable al trabajador, más aun cuando ella asumía dicha carga prestacional, razón por la cual los periodos laborados y no cotizados en las entidades estatales se pueden contabilizar a efectos de cumplir el tiempo requerido

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder a las pretensiones, por cuanto la demandante es beneficiaria del régimen de transición, consolidó 1369 semanas entre tiempos públicos y privados, motivo por el cual cumple los requisitos para que su pensión de vejez sea reliquidada conforme el Acuerdo 049 de 1990 considerando la totalidad de tiempos, en virtud de la dispuesto en la sentencia SU 769 de 2014 y la novedosa posición adoptada por la H. CSJ en la sentencia SL1981 de 2020, por tanto, el IBL corresponde al total de la historia laboral y la tasa de reemplazo al 90%. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C. 31.486.436 y portadora de la T.P. 303.924 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó absolver de todas las pretensiones, por cuanto afirmó que la acumulación de tiempos públicos y privados en el régimen del Acuerdo 049 de 1990 conforme la sentencia SU 769 de 2014 es la excepción y solo procede para quienes no alcanzan los requisitos para el reconocimiento pensional sino solo con dicha acumulación, que no es el caso de la demandante, quien ya recibe una pensión de vejez.

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

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

---

por dicha norma”. En ese caso la Corte Constitucional indica que en el acuerdo 049 de 1990 no se contempló que debían tenerse en cuenta solamente las cotizaciones exclusivas al ISS, por tanto, al no haberse contemplado de esa manera y al imponerse un límite, en este caso, imponérsele a la poderdante la pérdida de incrementar su monto pensional con base en lo aportado en toda la vida laboral e incrementar el porcentaje de la tasa de reemplazo, es desconocer los conceptos desarrollados por la corte constitucional y desconocer los principios, garantías constitucionales, como la favorabilidad laboral y otro principio desarrollado por la Corte Constitucional que se denomina pro homine, en el que se permite desarrollar una interpretación más garantista. De esta manera solicitó al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, se de aplicación a las sentencias de la Corte Constitucional y la línea desarrollada por ella y así permitir el incremento en la tasa de reemplazo como también la liquidación con la totalidad de la vida laboral aportada por mi poderdante. De esta manera solicito al H. Juez se conceda el recurso y se dé el trámite respectivo.



## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de su pensión de vejez en virtud de la acumulación de tiempos públicos no cotizados al ISS y privados cotizados al ISS, bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990 aprobado con el Decreto 758 de 1990, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ** nació el 1° de octubre de 1954 (fl. 16 y 57); **ii)** el extinto ISS con la Resolución 028195 del 18 de agosto de 2011 reconoció una pensión de vejez a la demandante conforme la Ley 71 de 1988, en virtud del régimen de transición, cuyo IBL corresponde al promedio de los últimos 10 años cotizados y con una tasa de reemplazo del 75%, lo que arrojó un monto inferior a un (1) smlmv, por lo cual se incrementó el monto de la primera mesada a un (1) smlmv (fl. 9 a 12); **iii)** el 1° de noviembre de 2016 solicitó a **COLPENSIONES** la reliquidación de su pensión, considerando el total de tiempos públicos y privados, conforme el Acuerdo 049 de 1990 (fl. 13 a 30), petición que rechazó la Entidad con la Resolución GNR 330620 del 08 de noviembre de 2016 (fl. 31 a 34), acto contra el cual la demandante interpuso el recurso de apelación, que fue resuelto con la Resolución VPB 2874 del 24 de enero de 2017 confirmando el acto recurrido (fl. 49 a 53).

- **Sobre la procedencia de acumular tiempos cotizados al ISS con tiempos laborados a Entidades Públicas en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990.**

La H. Corte Constitucional, en la sentencia SU 769 de 2014, señaló que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional para proteger las expectativas legítimas de adquirir la pensión de vejez según los regímenes pensionales derogados por dicha Ley, siendo uno de los regímenes derogados el del Acuerdo 049 de 1990 aprobado con el Decreto 758 de 1990, el cual exige 500 semanas cotizadas durante los 20 años anteriores a la edad

mínima o 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Indicó la Corte que ciertos afiliados solicitaron considerar el tiempo laborado para entidades públicas a fin de cumplir con la densidad de semanas, acumulación que no aceptó el extinto ISS indicando que el Acuerdo se expidió para la regulación exclusiva de las prestaciones a cargo del Instituto sin contemplar la posibilidad de acumular semanas cotizadas a otras entidades, posición frente a la cual se opone otra interpretación que sostiene que el tenor literal del Acuerdo no estableció que las semanas deben ser cotizadas exclusivamente al ISS y que el régimen de transición no abarca las reglas de cómputo de semanas, las cuales se gobiernan según el literal f) del artículo 13 y literal b) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normas que si permiten acumular tiempos privados públicos y privados, segunda posición que acogió la Alta Corporación en virtud del principio de favorabilidad laboral consagrado en el artículo 53 constitucional y el artículo 21 CST, ya que es menos restrictiva al derecho fundamental de la seguridad social, aun cuando se trate de tiempos laborados para Entidades Públicas sin cotización.

Por su parte, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1947 de 2020 indicó que la posición jurisprudencial de la Corporación apuntó a la improcedencia de acumular los tiempos cotizados al ISS con tiempos de servicios públicos bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, bajo el entendido de que dicha norma no previó expresamente dicha posibilidad, sin embargo, en dicha providencia modificó el anterior precedente, por cuanto señaló que el régimen de transición protegió las expectativas legítimas de causar la pensión según los requisitos de edad, tiempo y monto consagrados en los regímenes anteriores, mientras que las demás condiciones fueron reguladas por la Ley 100 de 1993, por lo que la forma de computar las semanas es la consagrada en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de dicha Ley, que contemplan expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social, cambio de criterio que la Corporación estimó acorde al mandato de protección del derecho a la seguridad social.

El precitado cambio de postura jurisprudencial fue ratificado con la sentencia SL1981 de 2020, providencia en la cual la H. CSJ reiteró que el actual Sistema General de Pensiones adoptado con la Ley 100 de 1993 privilegia el otorgar efectos a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados, siendo las pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición parte del actual sistema pensional, por tanto, le aplican las normas de la Ley 100 de 1993 que ordenan la sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos servidos a entidades públicas aun cuando no fueron cotizados.

La novedosa postura de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sido reiterada además en las sentencias SL2659 de 2020, SL2557 de 2020, SL2590 de 2020 y SL3110 de 2020, circunstancia que permite inferir que se consolidó como doctrina probable en los términos señalados en el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

La apoderada de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la posición de la H. Corte Constitucional, adoptada en la sentencia SU-769 de 2014 y reafirmada en la sentencia T-372 de 2016, permite acumular tiempo privados y públicos para efectos del Acuerdo 049 de 1990, por tanto, no aplicar dicha postura limita el goce del derecho a la seguridad social de la demandante, quien tiene derecho a obtener una pensión liquidada conforme los aportes que realizó en toda su vida y con una mayor tasa de reemplazo.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, actualmente tanto la H. Corte Constitucional como la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ mantienen la postura jurisprudencial de que sí es posible acumular los tiempos cotizados al ISS con tiempos laborados a Entidades Públicas para efectos de la aplicación del régimen consagrado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por cuanto dicho régimen de transición solo cobija la edad, semanas o tiempo cotizados y tasa de reemplazo de la pensión, más no regula el modo como se efectúa el computo de las semanas, aspecto que está regulado por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, normas que contemplan expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así estos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

La anterior posición jurisprudencial ha sido confirmada en las sentencias SU 769 de 2014, SL1947 de 2020, SL1981 de 2020, SL2659 de 2020, SL2557 de 2020, SL2590 de 2020 y SL3110 de 2020, entre otras.

Así las cosas, le asiste derecho a la parte demandante a la acumulación de los tiempos cotizados con el ISS con los tiempos laborados a Entidades Públicas, siendo relevante considerar que **COLPENSIONES** reconoció de forma expresa en sus Resoluciones GNR 330620 del 08 de noviembre de 2016 (fl. 31 a 34) y VPB 2874 del 24 de enero de 2017 (fl. 49 a 53) que la demandante acreditó tiempos públicos y privados.

La Sala procedió a verificar la historia laboral de la demandante (cd fl. 82), observando que la misma relacionó periodos en donde los días reportados fueron superiores a los días cotizados, sin que exista novedad alguna que explique tal situación en los ciclos 1999-02 a 1999-10, 2000-01, 2000-05 a 2000-07, 2000-11, 2001-01, 2002-01, 2003-01 y 2004-02, , motivo por el cual se tomarán los días reportados ya que a la trabajadora no le asiste obligación alguna de soportar las consecuencias negativas de la falta de pago completo de los aportes

por su empleador y la falta de diligencia de cobro de la administradora, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL4601 de 2019, SL5607 de 2019, SL4980 de 2019, SL364 de 2020, entre otras.

En consecuencia, considerando la historia laboral de la demandante que aportó **COLPENSIONES** (cd fl. 82), así como los certificados de información laboral –formato 1- y de salarios mes a mes –formato 3- de los periodos en que la actora prestó su servicio al SENADO DE LA REPÚBLICA (fl. 21 a 25) y a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (fl. 27 a 30), que acreditan un tiempo se servicios desde el 1 de diciembre de 1978 al 10 de agosto de 1982 y desde el 08 de junio de 1983 al 06 de noviembre de 1990 respectivamente, ambos sin días de interrupción, se acredita que la demandante prestó 9985 días de servicios a entidades públicas y privadas, equivalentes a 1426.43 semanas.

Por lo anterior, le asiste derecho a la demandante a que el cálculo del IBL de su pensión se realice según el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y como quiera que cotizó más de 1250 semanas, la Sala efectuó el cálculo del mismo considerando los últimos 10 años cotizados y también toda su historia laboral, lo que arrojó en el primer caso un IBL de \$644.888 y en el segundo un IBL de \$753.892.

De otra parte, toda vez que la demandante prestó sus servicios por más de 1250 semanas, la tasa de reemplazo que le corresponde es del 90% conforme el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual al aplicar la misma al IBL indexado más alto al momento del reconocimiento de su derecho el 1° de octubre de 2009 se obtiene como valor de la primera mesada la suma de \$678.503, cifra superior a la que le fue reconocida mediante la Resolución 028195 del 18 de agosto de 2011 (fl. 9 a 12):

AÑO	MES	DÍAS	SALARIO	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTO R ACT	SL. INDEXADO	DÍASXSL
1978	12	31	\$ 7.150	0,49	69,69	142,224 4898	\$ 1.016.905	\$ 31.524.058
1979	1	31	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 38.081.451
1979	2	28	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 34.396.149
1979	3	31	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 38.081.451
1979	4	30	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 36.853.017
1979	5	31	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 38.081.451

MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES.

Radicación No. 17-2018-00285-01.

1979	6	30	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 36.853.017
1979	7	31	\$ 10.400	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.228.434	\$ 38.081.451
1979	8	31	\$ 7.150	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 844.548	\$ 26.180.997
1979	9	30	\$ 7.150	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 844.548	\$ 25.336.449
1979	10	31	\$ 7.150	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 844.548	\$ 26.180.997
1979	11	30	\$ 7.150	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 844.548	\$ 25.336.449
1979	12	31	\$ 14.300	0,59	69,69	118,118 6441	\$ 1.689.097	\$ 52.361.995
1980	1	31	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 29.784.577
1980	2	29	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 27.862.991
1980	3	31	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 29.784.577
1980	4	30	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 28.823.784
1980	5	31	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 29.784.577
1980	6	30	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 28.823.784
1980	7	31	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 29.784.577
1980	8	31	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 29.784.577
1980	9	30	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 28.823.784
1980	10	31	\$ 10.340	0,75	69,69	92,92	\$ 960.793	\$ 29.784.577
1980	11	30	\$ 19.421	0,75	69,69	92,92	\$ 1.804.599	\$ 54.137.980
1980	12	31	\$ 19.421	0,75	69,69	92,92	\$ 1.804.599	\$ 55.942.579
1981	1	31	\$ 13.373	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 1.002.112	\$ 31.065.479
1981	2	28	\$ 13.373	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 1.002.112	\$ 28.059.142
1981	3	31	\$ 13.373	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 1.002.112	\$ 31.065.479
1981	4	30	\$ 13.373	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 1.002.112	\$ 30.063.367
1981	5	31	\$ 13.373	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 1.002.112	\$ 31.065.479
1981	6	30	\$ 12.940	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 969.665	\$ 29.089.955
1981	7	31	\$ 24.340	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 1.823.930	\$ 56.541.820
1981	8	31	\$ 12.940	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 969.665	\$ 30.059.620
1981	9	30	\$ 12.940	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 969.665	\$ 29.089.955
1981	10	31	\$ 12.940	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 969.665	\$ 30.059.620
1981	11	30	\$ 12.940	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 969.665	\$ 29.089.955
1981	12	31	\$ 26.734	0,93	69,69	74,9354 8387	\$ 2.003.325	\$ 62.103.082
1982	1	31	\$ 17.664	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.052.140	\$ 32.616.350
1982	2	28	\$ 17.664	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.052.140	\$ 29.459.929
1982	3	31	\$ 17.664	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.052.140	\$ 32.616.350
1982	4	30	\$ 17.664	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.052.140	\$ 31.564.209
1982	5	31	\$ 17.664	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.052.140	\$ 32.616.350
1982	6	30	\$ 26.496	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.578.210	\$ 47.346.314
1982	7	31	\$ 17.664	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.052.140	\$ 32.616.350
1982	8	10	\$ 28.398	1,17	69,69	59,5641 0256	\$ 1.691.501	\$ 16.915.014
1983	6	23	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 24.651.035
1983	7	31	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 33.225.308
1983	8	31	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 33.225.308
1983	9	30	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 32.153.524
1983	10	31	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 33.225.308
1983	11	30	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 32.153.524
1983	12	31	\$ 22.300	1,45	69,69	48,0620 6897	\$ 1.071.784	\$ 33.225.308
1984	1	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021

MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES.

Radicación No. 17-2018-00285-01.

1984	2	29	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 31.630.600
1984	3	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021
1984	4	30	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 32.721.311
1984	5	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021
1984	6	30	\$ 40.325	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.662.869	\$ 49.886.081
1984	7	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021
1984	8	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021
1984	9	30	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 32.721.311
1984	10	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021
1984	11	30	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 32.721.311
1984	12	31	\$ 26.450	1,69	69,69	41,2366 8639	\$ 1.090.710	\$ 33.812.021
1985	1	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1985	2	28	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 28.645.378
1985	3	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1985	4	30	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 30.691.476
1985	5	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1985	6	30	\$ 44.790	2	69,69	34,845	\$ 1.560.708	\$ 46.821.227
1985	7	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1985	8	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1985	9	30	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 30.691.476
1985	10	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1985	11	30	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 30.691.476
1985	12	31	\$ 29.360	2	69,69	34,845	\$ 1.023.049	\$ 31.714.525
1986	1	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1986	2	28	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 28.646.017
1986	3	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1986	4	30	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 30.692.161
1986	5	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1986	6	30	\$ 54.645	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.560.742	\$ 46.822.255
1986	7	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1986	8	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1986	9	30	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 30.692.161
1986	10	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1986	11	30	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 30.692.161
1986	12	31	\$ 35.820	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.023.072	\$ 31.715.234
1987	1	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912
1987	2	28	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 34.663.920
1987	3	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912
1987	4	30	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 37.139.915
1987	5	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912
1987	6	30	\$ 66.125	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.888.628	\$ 56.658.827
1987	7	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912
1987	8	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912
1987	9	30	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 37.139.915
1987	10	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912
1987	11	30	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 37.139.915
1987	12	31	\$ 43.345	2,44	69,69	28,5614 7541	\$ 1.237.997	\$ 38.377.912

MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES.

Radicación No. 17-2018-00285-01.

1988	1	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1988	2	29	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 29.953.261
1988	3	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1988	4	30	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 30.986.132
1988	5	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1988	6	30	\$ 82.075	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.575.704	\$ 47.271.130
1988	7	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1988	8	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1988	9	30	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 30.986.132
1988	10	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1988	11	30	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 30.986.132
1988	12	31	\$ 53.800	3,63	69,69	19,1983 4711	\$ 1.032.871	\$ 32.019.003
1989	1	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1989	2	28	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 28.281.524
1989	3	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1989	4	30	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 30.301.633
1989	5	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1989	6	30	\$ 102.600	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.540.990	\$ 46.229.703
1989	7	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1989	8	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1989	9	30	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 30.301.633
1989	10	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1989	11	30	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 30.301.633
1989	12	31	\$ 67.250	4,64	69,69	15,0193 9655	\$ 1.010.054	\$ 31.311.687
1990	1	31	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 30.611.690
1990	2	28	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 27.649.269
1990	3	31	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 30.611.690
1990	4	30	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 29.624.217
1990	5	31	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 30.611.690
1990	6	30	\$ 124.125	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 1.481.211	\$ 44.436.325
1990	7	31	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 30.611.690
1990	8	31	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 30.611.690
1990	9	30	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 29.624.217
1990	10	31	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 30.611.690
1990	11	6	\$ 82.750	5,84	69,69	11,9332 1918	\$ 987.474	\$ 5.924.843
1992	10	11	\$ 70.260	9,78	69,69	7,12576 6871	\$ 500.656	\$ 5.507.220
1992	11	30	\$ 70.260	9,78	69,69	7,12576 6871	\$ 500.656	\$ 15.019.691
1992	12	31	\$ 70.260	9,78	69,69	7,12576 6871	\$ 500.656	\$ 15.520.348
1993	1	31	\$ 89.070	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 510.048	\$ 15.811.499
1993	2	28	\$ 89.070	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 510.048	\$ 14.281.354
1993	3	31	\$ 89.070	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 510.048	\$ 15.811.499
1993	4	28	\$ 89.070	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 510.048	\$ 14.281.354
1993	9	30	\$ 79.290	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 454.044	\$ 13.621.331
1993	10	31	\$ 79.290	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 454.044	\$ 14.075.376
1993	11	30	\$ 79.290	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 454.044	\$ 13.621.331
1993	12	31	\$ 79.290	12,17	69,69	5,72637 6335	\$ 454.044	\$ 14.075.376
1994	1	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849



1994	2	28	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 12.848.251
1994	3	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849
1994	4	30	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 13.765.983
1994	5	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849
1994	6	30	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 13.765.983
1994	7	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849
1994	8	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849
1994	9	30	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 13.765.983
1994	10	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849
1994	11	30	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 13.765.983
1994	12	31	\$ 98.700	14,99	69,69	4,64909 94	\$ 458.866	\$ 14.224.849
1995	1	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	2	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	3	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	4	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	5	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	6	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	7	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	8	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	9	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	10	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	11	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1995	12	30	\$ 60.000	18,28	69,69	3,81236 3239	\$ 228.742	\$ 6.862.254
1996	1	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	2	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	3	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	4	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	5	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	6	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	7	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	8	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	9	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	10	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	11	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1996	12	30	\$ 72.000	21,84	69,69	3,19093 4066	\$ 229.747	\$ 6.892.418
1997	1	30	\$ 86.002	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 225.234	\$ 6.757.023
1997	2	30	\$ 84.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 219.991	\$ 6.599.729
1997	3	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	4	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	5	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	6	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	7	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	8	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	9	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	10	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	11	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434
1997	12	30	\$ 87.000	26,61	69,69	2,61894 0248	\$ 227.848	\$ 6.835.434

MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES.

Radicación No. 17-2018-00285-01.

1998	1	30	\$ 87.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 194.328	\$ 5.829.837
1998	2	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	3	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	4	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	5	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	6	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	7	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	8	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	9	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	10	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	11	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1998	12	30	\$ 102.000	31,2	69,69	2,23365 3846	\$ 227.833	\$ 6.834.981
1999	1	30	\$ 102.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 196.310	\$ 5.889.296
1999	2	30	\$ 119.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 229.028	\$ 6.870.845
1999	3	30	\$ 121.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 232.877	\$ 6.986.321
1999	4	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	5	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	6	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	7	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	8	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	9	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	10	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	11	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
1999	12	30	\$ 118.000	36,21	69,69	1,92460 6462	\$ 227.104	\$ 6.813.107
2000	1	30	\$ 118.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 208.241	\$ 6.247.217
2000	2	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	3	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	4	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	5	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	6	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	7	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	8	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	9	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	10	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2000	11	30	\$ 390.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 688.253	\$ 20.647.582
2000	12	30	\$ 130.000	39,49	69,69	1,76475 057	\$ 229.418	\$ 6.882.527
2001	1	30	\$ 130.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 211.083	\$ 6.332.502
2001	2	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	3	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	4	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	5	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	6	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	7	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	8	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	9	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	10	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753
2001	11	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753

2001	12	30	\$ 143.000	42,92	69,69	1,62371 8546	\$ 232.192	\$ 6.965.753	
2002	1	30	\$ 143.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 215.707	\$ 6.471.214	
2002	2	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	3	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	4	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	5	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	6	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	7	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	8	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	9	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	10	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	11	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2002	12	30	\$ 154.000	46,2	69,69	1,50844 1558	\$ 232.300	\$ 6.969.000	
2003	1	30	\$ 154.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 217.208	\$ 6.516.248	
2003	2	30	\$ 166.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 234.134	\$ 7.024.007	
<b>2003</b>	<b>3</b>	<b>30</b>	<b>\$ 274.920</b>	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 387.759	\$ 11.632.772	<b>*cotizaciones simultaneas</b>
2003	4	30	\$ 233.400	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 329.197	\$ 9.875.923	
2003	5	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	6	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	7	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	8	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	9	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	10	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	11	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2003	12	30	\$ 500.000	49,41	69,69	1,41044 323	\$ 705.222	\$ 21.156.648	
2004	2	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	3	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	4	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	5	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	6	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	7	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	8	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	9	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	10	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	11	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2004	12	30	\$ 550.000	52,62	69,69	1,32440 1368	\$ 728.421	\$ 21.852.623	
2005	1	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	2	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	3	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	4	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	5	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	6	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	7	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	8	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	9	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	10	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	
2005	11	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569	

2005	12	30	\$ 600.000	55,59	69,69	1,25364 2742	\$ 752.186	\$ 22.565.569
2006	1	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	2	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	3	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	4	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	5	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	6	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	7	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	8	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	9	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	10	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2006	12	30	\$ 700.000	58,33	69,69	1,19475 3986	\$ 836.328	\$ 25.089.834
2007	1	30	\$ 700.000	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 799.197	\$ 23.975.917
2007	2	30	\$ 700.000	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 799.197	\$ 23.975.917
2007	3	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	4	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	5	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	6	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	7	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	8	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	9	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	10	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	11	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2007	12	30	\$ 867.400	61,04	69,69	1,14171 0354	\$ 990.320	\$ 29.709.587
2008	1	30	\$ 867.400	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 935.455	\$ 28.063.652
2008	2	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	3	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	4	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	5	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	6	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	7	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	8	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	9	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	10	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	11	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2008	12	30	\$ 967.000	64,62	69,69	1,07845 8682	\$ 1.042.870	\$ 31.286.086
2009	1	30	\$ 967.000	69,69	69,69	1	\$ 967.000	\$ 29.010.000
2009	2	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	3	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	4	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	5	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	6	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	7	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	8	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000
2009	9	30	\$ 1.200.000	69,69	69,69	1	\$ 1.200.000	\$ 36.000.000

9985

IBL \$ 753.892

\$ 7.527.612.985

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN (IBL)	\$ 753.892
PORCENTAJE APLICADO	90%
<b>PRIMERA MESADA</b>	<b>\$ 678.503</b>
<b>AUMENTO A 1 SMLMV</b>	<b>N/A</b>

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y se condenará a **COLPENSIONES** a la reliquidación de la primera mesada pensional de la demandante, junto con sus incrementos legales. En cuanto la pretensión al pago del retroactivo pensional, resulta necesario analizar la excepción de prescripción que formuló la demandada a fin de establecer el monto de la condena, siendo relevante considerar que el 1° de noviembre de 2016 la demandante solicitó la reliquidación de su mesada (fl. 13 a 30), solicitud que resolvió de forma definitiva la Administradora mediante la Resolución VPB 2874 del 24 de enero de 2017 (fl. 49 a 53), siendo radicada la demanda el 02 de abril de 2018 (fl. 58), por lo cual se haya prescritas las mesadas anteriores al 1° de noviembre de 2013 conforme los artículos 488 y 489 CST y 151 CPT y de la SS.

Toda vez que la pensión de vejez se causó el 1° de octubre de 2009 y es inferior a tres (3) smlmv, se generan 14 mesadas anuales en virtud de lo dispuesto en el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 1° de 2005, por lo considerando las mesadas prescritas, se condenará a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional causado desde el 1° de noviembre de 2013 y hasta cuando se realicé la reliquidación de la mesada pensional de la demandante, junto con sus incrementos legales conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Advierte la Sala que no se accederá a la pretensión de pago de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por cuanto si bien la H. CSJ en la sentencia SL3130 de 2020, modificó su postura jurisprudencial en cuanto indicó que si procede su condena en casos de reliquidación pensional, apartándose de la posición que había adoptado en las sentencias SL4338 de 2019, SL4794 de 2019, SL2810 de 2020, entre otras, no obstante, no puede pasar por alto esta Sala que la decisión que **COLPENSIONES** de negar la reliquidación en sede

administrativa no fue caprichosa, por cuanto en dicho momento la H. CSJ no había adoptado en nuevo criterio jurisprudencial de admitir la sumatoria de cotizaciones al ISS y tiempos públicos no cotizados para el reconocimiento pensional bajo el Régimen del Acuerdo 049 de 1990, lo cual permite inferir que en su momento la Administradora aplicó de forma razonable la Ley conforme la posición jurisprudencial mayoritaria para dicha época, circunstancia que la exime del pago de intereses conforme indicó la H. en las sentencias SL1354 de 2019, SL2314 de 2019, SL2832 de 2019, entre otras.

Toda vez que no se accede a la pretensión de intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se condenará al pago indexado del retroactivo pensional a fin de corregir la devaluación monetaria.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo el valor proporcional de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto la H. CSJ en la sentencia SL 2445 de 2019 reafirmó que las entidades pagadoras de pensiones deben realizar dicha deducción conforme el artículo 42 del Decreto 692 de 1994, por cuanto dichos aportes son a cargo del pensionado en virtud del artículo 143 de la Ley 100 de 1993

Costas de primera instancia a cargo de la demandada **COLPENSIONES**. 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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que le asiste derecho a la demandante **MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ** a que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** le reliquide el

valor inicial de su pensión de vejez a la suma de \$678.503, a partir del 1° de octubre de 2009, en 14 mesadas anuales, junto con sus incrementos legales conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, conforme la totalidad de tiempos laborados en entidades privadas y públicas y bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, de conformidad con la parte considerativa de esta sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a pagar a la demandante **MARÍA ANTONIA PIÑEROS SÁNCHEZ** el retroactivo pensional causado por la reliquidación de su primera mesada, causado desde el 1° de noviembre de 2013 y hasta cuando se ajuste el valor de la mesada pensional, debidamente indexado a la fecha de pago, conforme la parte considerativa de esta sentencia.

**CUARTO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de noviembre de 2013, conforme la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

**SEXTO: AUTORIZAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a descontar del retroactivo pensional el valor proporcional de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme la parte considerativa de esta sentencia.

**SÉPTIMO: COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA** a cargo de **COLPENSIONES. SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.**





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

**S03-0087-2020**

**Radicado N° 18-2016-00277-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación de **PAULA CAROLINA ROJAS CALA** contra la sentencia proferida el 13 de agosto de 2019, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre la demandante y **GLOBAL ACTION S.A.S.** y **TWO COLOMBIA S.A.S.** como integrantes del **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido del 21 de julio de 2014 al 11 de febrero de 2015, con un salario de \$3.600.000 + 3% de comisión de ventas, así mismo, que entre la demandante y **TWO COLOMBIA S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido del 12 de febrero de 2015 al 28 de abril de 2015 con un salario de \$2.600.000 + 3% de comisión por ventas y que finalizó por decisión unilateral sin justa causa del empleador, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 126 a 127, 32:52 cd fl. 125).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 3 a 13, 55 a 56).**

**PAULA CAROLINA ROJAS CALA** solicitó declarar un contrato de trabajo con **GLOBAL ACTION S.A.S.** y **TWO COLOMBIA S.A.S.**, como integrantes del **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.**, del 21 de julio de 2014 y el 28 de abril de 2015 y que finalizó sin justa causa, en consecuencia, condenar al pago de reajuste de salarios, prestaciones sociales y vacaciones considerando el valor de comisiones y pagos a celular, pago de la indemnizaciones por no pago de intereses a cesantías, indemnización por despido e indemnización moratoria, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que laboró para el **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** desde el 21 de julio de 2014, como ejecutiva de ventas, en virtud de contrato de trabajo a término indefinido, que su salario fue de \$3.600.000, comisión por ventas del 3% y \$100.000 por uso de celular previa cuenta de cobro; que prestó su servicio bajo la subordinación de JOSÉ CUELLAR, contactando clientes en sus domicilios y despachos. Afirmó que el 11 de febrero de 2015 el Consorcio finalizó de forma unilateral sin justa causa su contrato de trabajo y no le pagó la liquidación del contrato; sin embargo, al día siguiente 12 de febrero de 2015 continuó prestando su servicio personal subordinado sin ninguna variación para **TWO COLOMBIA S.A.S.** en virtud de un segundo contrato de trabajo a término indefinido, el cual incluyó un segundo periodo de prueba, con una remuneración de \$2.600.000 y comisión por ventas del 3%, el cual terminó la sociedad de forma unilateral sin justa causa el 28 de abril de 2015, quien tampoco pagó la liquidación final del contrato. Señaló que el Consorcio le efectuó 2 consignaciones de \$4.835.036,68 y \$3.907.000, desconociendo la causa de dichos pagos, por lo cual presentó tanto al Consorcio y a **TWO COLOMBIA S.A.S.** reclamación escrita solicitando el pago de la indemnización y las comisiones, quienes no contestaron, así mismo, los citó ante el MINISTERIO DE TRABAJO a conciliación, pero no asistieron.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

Mediante auto del 15 de mayo de 2018 se ordenó el emplazamiento de las sociedades **GLOBAL ACTION S.A.S.** y **TWO**

**COLOMBIA S.A.S.**, como integrantes del **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** (fl. 109 a 110).

A través de curador *ad litem*, dichas sociedades se opusieron a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la terminación del contrato el 28 de abril de 2015 y que la demandante presentó reclamación por escrito solicitando el pago de comisiones e indemnización. Indicó que se allegó copia de dos contratos de trabajo a término indefinido suscritos con **TWO COLOMBIA S.A.S.**, que la demandante no acreditó la existencia del **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.**, ni las ventas que alegó realizó y que generaron la comisión reclamada, ni del servicio prestado en los términos alegados, así mismo, que no le consta si hubo omisión en el pago de la liquidación de los contratos. No interpuso excepciones (fl. 114 a 116).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 126 a 127, 32:52 cd fl. 125)**

El 13 de agosto de 2019, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la señora PAULA CAROLINA ROJAS CALA, en calidad de trabajadora, y GLOBAL ACTION S.A.S. y TWO COLOMBIA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S., en calidad de empleadores, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de julio de 2014 al 11 de febrero de 2015, con una asignación mensual de \$3.600.000 + 3% de comisión por ventas realizadas, de conformidad con las motivaciones que anteceden.*

*SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora PAULA CAROLINA ROJAS CALA, en calidad de trabajadora, y TWO COLOMBIA S.A.S. en calidad de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 12 de febrero de 2015 al 28 de abril de 2015, con una asignación mensual de \$2.600.000 + 3% de comisión por ventas realizadas, el cual terminó por decisión unilateral sin justa causa, de conformidad con las motivaciones que anteceden.*

*TERCERO: ABSOLVER a las demandadas GLOBAL ACTION S.A.S. y TWO COLOMBIA S.A.S. como integrantes del CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S., de todas y cada una de las*

*pretensiones incoadas en su contra por la señora **PAULA CAROLINA ROJAS CALA**, de conformidad a la parte motiva de ésta sentencia.*

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, señálese como agencias en derecho la suma de \$500.000. valor que deberá ser cancelado por la demandante a favor de cada una de las demandadas.

**QUINTO:** *contra la presente sentencia procede el **RECURSO DE APELACIÓN**. En caso de no ser apelada la presente providencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**. (...)*

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si entre la demandante y las sociedades consorciadas existió un contrato de trabajo a término indefinido por los extremos temporales reclamados y si los conceptos reclamados son factor salarial, para determinar la procedencia o no de acceder a las pretensiones o si por el contrario las excepciones están llamadas a prosperar.

Para resolver indicó que al expediente se aportaron copia de dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero suscrito entre la demandante y el **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** y el segundo entre la demandante y **TWO COLOMBIA S.A.S.**, vigente el primero del 21 de julio de 2014 al 11 de febrero de 2015 y el segundo del 12 de febrero de 2015 al 28 de abril de 2015, sin que exista unidad contractual porque los Consorcios no tienen personería jurídica y ello permite inferir que el primer contrato lo fue entre la demandante y las sociedades consorciadas mientras que el segundo lo fue exclusivamente con una de esas sociedades. Declaró que las comisiones por venta era salario por cuanto retribuyen el servicio personal subordinado de la demandante como ejecutiva de venta, sin embargo, indicó que no es posible calcular su monto porque no se acreditó el valor de las ventas sobre las cuales liquidar el porcentaje de la comisión. Respecto del auxilio de celular indicó que dicho pago lo fue para facilitar el desarrollo del cargo de la demandante, es decir, que no remuneraba su servicio sino que era una herramienta de trabajo y por ende no es salario. Absolvió del pago de la indemnización por despido por cuanto si bien la demandante acreditó su despido lo cierto es que confesó que las demandadas le pagaron dicha

indemnización sobre su salario básico, por lo que al no demostrarse el valor de las comisiones no procede impartir condena. Finalmente condenó en costas a la demandante.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que sí existió unidad contractual por cuanto no hubo solución de continuidad entre los contratos de trabajo que suscribió la demandante, manteniendo las mismas funciones y la misma subordinación. De otra parte, afirmó que la demandante indicó de forma expresa que las demandadas no pagaron la comisión por ventas y allegó al expediente los correos electrónicos en los cuales reclamó su monto indicando las sumas y meses sobre las cuales se generaron, así mismo, solicitó considerar el auxilio por celular como factor salario porque era indispensable para el cumplimiento de las funciones del cargo de la demandante. Concluyó señalando que procede el pago de la reliquidación y demás conceptos reclamados en la demanda<sup>1</sup> (34:31 cd fl. 125).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder al recursos de apelación, por cuanto indicó que se encuentra plenamente demostrado la inexistencia de solución de

---

<sup>1</sup> Interpongo el recurso de apelación. Dice el Despacho que no esta demostrada la existencia, considera el Despacho que existen dos contratos, uno con GLOBAL ACTION S.A.S. y otro con TWO COLOMBIA S.A.S., dentro del expediente y de acuerdo con el interrogatorio de parte rendido por PAULA CALA es claro que no existe solución de continuidad tal y como manifestó el Despacho, por lo que el contrato original empezó en julio 21 de 2014 y finalizó el 11 de febrero de 2015, si apreciamos las pruebas que aparecen dentro del expediente podemos observar que el segundo contrato empieza exactamente cuando finaliza el otro, porque continua el 12 cumpliendo las mismas funciones bajo la misma subordinación del mismo jefe que es el señor Cuellar, lo cual nos indica que es una sola unidad de contrato, por lo tanto, esta apelación busca primero que se haga una verdadera reliquidación de las cesantías y por lo tanto de las indemnizaciones, ya que como lo dice el señor Juez en el interrogatorio de parte doña Paula indica que a ella le hicieron unas consignaciones pero también quedó muy claro que no le tuvieron en cuenta ni las comisiones ni tampoco lo de los \$100.000, que contrario a lo manifestado por el Despacho es un elemento que debe ser considerado como parte del salario ya que este era un elemento indispensable para el cumplimiento de las funciones para las cuales se había comprometido a desempeñar para estas Sociedades. De otro lado, es claro y esta manifiesto y expresamente señalado en el contrato de trabajo que existió una comisión del 3% y dentro del expediente existen varios email donde Paula reclamó el pago de sus comisiones y si nosotros observamos en la correspondiente demanda hay un cuadro en el cual se indicaron el monto de las sumas sobre las cuales se concibió según los respectivos contratos y por ende se hacía acreedora a la comisión del 3%, ahí aparecen las sumas y los meses en los cuales se generaron esas comisiones, por lo tanto centro mi apelación en el sentido de que se observe que las bases sobre las cuales se deben liquidar las comisiones están dentro del contrato y con el interrogatorio de parte de mi representada quedó claro cual era el monto de las mismas y sobre que se le hicieron los pagos, por lo tanto insisto en la reliquidación de cesantías, indemnización y demás ítems solicitados en la demanda. A esto limito mi apelación.

continuidad entre los contratos de trabajo de la demandante, por cuanto siguió prestando el mismo servicio, sin que además exista prueba del pago de las comisiones y de las demás acreencias laborales considerando el real valor del salario, el cual estuvo conformado por el salario básico, las comisiones por venta y el auxilio de celular, siendo relevante que las demandadas nunca entregaron copia de la liquidación final de los contratos y que además se acompañó con la demanda la relación de las ventas que realizó la demandante, circunstancias que nunca fueron controvertidas. Agotado el término, las demandadas se abstuvieron de presentar alegatos.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si le asiste derecho al demandante a declarar que existió un único contrato de trabajo con las demandadas entre el 21 de julio de 2014 y el 28 de abril de 2015, así como a considerar que los pagos que reclamo por concepto de comisión por ventas y auxilio de celular son factor salarial, para de dicha forma establecer la procedencia o no de acceder a la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido, pago de la indemnización por intereses a la cesantías, indemnización moratoria y demás pretensiones, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** se encuentra conformado por **GLOBAL ACTION S.A.S.** y **TWO COLOMBIA S.A.S.**, en un porcentaje de participación del 50% para cada sociedad (fl. 14 a 18); **ii)** el 21 de julio de 2014 la demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el

**CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.**, para desarrollar el cargo de ejecutiva de ventas (fl. 25 a 26); **iii)** el 12 de febrero de 2015 la demandante suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **TWO COLOMBIA S.A.S.**, para desarrollar el cargo de ejecutiva de ventas (fl. 29 a 30), el cual finalizó el 28 de abril de 2015 conforme comunicación de despido dicha fecha (fl. 43).

- **Acerca de la figura del empleador en el caso de los consorcios y uniones temporales**

El artículo 22 CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona, bajo su continua dependencia o subordinación, a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST consagró los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, entre ellos la continua subordinación.

Conforme las precitadas normas, en un contrato de trabajo una persona natural se obliga a presta su servicio personal a favor de otra persona, bajo su continua subordinación, quien a cambio le paga un salario, extremo contractual que corresponde al empleador. Por lo anterior, será empleador quien ejerza la facultad de subordinación sobre el trabajador, al poderle exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos.

Ahora bien, no han sido pocos los litigios en los cuales se solicita declarar empleador a consorcios o uniones temporales. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha señalado que los consorcios y unión temporal son figuras asociativas muy utilizadas en los procesos de contratación, en especial los de naturaleza estatal, para facilitar a las sociedades participar en dichos procesos, sin que ello implique la conformación de una persona jurídica, por cuanto la posibilidad de que asuman derechos y obligaciones se limita a aquellos necesarios para participar y eventualmente ejecutar actividades contratadas, sin extenderse al punto de conformar una personería jurídica, por tanto, son las

sociedades que los conforman, en su calidad de verdaderas personas jurídicas, quienes asumirán el cumplimiento de las obligaciones laborales que surjan en desarrollo de la actividad del consorcio o unión temporal, posición que ha sido reafirmada en las sentencias SL3403 de 2019, SL3672 de 2019, entre otras.

- **Sobre la Unidad del Contrato de Trabajo en Virtud del Principio de Prevalencia de la Realidad Sobre las Formas.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, advirtió que frente la suscripción de varios contratos de trabajo el Juez debe verificar con cautela los reales extremos de la relación laboral, analizado si los contratos tuvieron causa o justificación, si medió o no solución de continuidad en la prestación del servicio y si las funciones y condiciones laborales continuaron o no siendo las mismas, para concluir si la celebración de los contratos tuvo o no como fin restar antigüedad en el servicio del trabajador para favorecer al empleador en la liquidación de la cesantía o al momento de ejercer su facultad de finalizar de forma unilateral el contrato, tal y como indicó en las sentencias SL806 de 2013, SL15986 de 2014, SL814 de 2018 y SL559 de 2019, entre otras.

Resulta relevante considerar que la H CSJ, en la sentencia SL485 de 2016, indicó que es válido suscribir contratos de trabajo de forma sucesiva, por cuanto las partes tienen libertad de elección de la modalidad de duración del contrato con que desean regular su vínculo más aún si con ello se aseguran los ingresos del trabajador. Sin embargo, dicha libertad no puede ser usada como mecanismo para vulnerar derechos laborales como no conceder el tiempo de descanso o reducir la indemnización por despido. A su turno, en la sentencia SL559 de 2019, la Alta Corporación recalcó que las breves interrupciones entre uno y otro contrato, inferiores a un mes, no tienen la suficiente envergadura para desvirtuar una unidad contractual, mientras que suspensiones superiores a un mes evidencian la falta de intención entre las partes de dar continuidad a la relación de servicio personal subordinado.



- **Sobre el concepto de salario.**

Conforme el artículo 127 CST, 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 CST, 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 contractualmente si las partes disponen expresamente que no constituyen salario.

Atendiendo los anteriores presupuestos normativos, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó en la Sentencia SL1296 de 2019, que es salario todo pago cuya causa eficiente sea el trabajo prestado, esto es, que depende directamente de lo que haga o deje de hacer el trabajador, criterio definitivo para establecer la naturaleza salarial o no de un pago, siendo eventual el uso de otros criterios auxiliares como la habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago respecto del total de ingresos para inferir su naturaleza salarial en los eventos en los que no es del todo clara su naturaleza retributiva del servicio, tal y como indicó en la Sentencia SL21210 de 2017.

**CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la existencia de dos contratos de trabajo a término indefinido, el primero entre la demandante y las sociedades que conforman el **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** del 21 de julio de 2014 al 11

de febrero de 2015, el segundo entre la demandante y **TWO COLOMBIA S.A.S.** del 12 de febrero de 2015 al 28 de abril de 2015, de otra parte, absolvió de todas las demás pretensiones y condenó en costas a la demandante.

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y acceder a las condenas. Señaló que existe unidad contractual por ausencia de solución de continuidad e igualdad de funciones y subordinación, que las comisiones por venta son salario y no fueron pagadas, existiendo pruebas que permite su liquidación al acreditar las sumas y meses en los que se efectuaron las ventas, que el auxilio por celular es salario por cuanto era indispensable para desempeñar el cargo.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el principio laboral de prevalencia de la realidad sobre las formas implica que ante la suscripción de varios contratos de trabajo deba verificarse con cautela los reales extremos temporales de la relación laboral y las causas de dichos contratos, la existencia o no de soluciones de continuidad, la variación o no de funciones y condiciones laborales, a fin de concluir si dichas contrataciones tuvieron o no como fin restar la antigüedad en el contrato en perjuicio de los derechos laborales del trabajador, por cuanto si esa fue la finalidad procede declarar la unidad de contrato, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL806 de 2013, SL15986 de 2014, SL814 de 2018 y SL559 de 2019, entre otras.

En el presente asunto está acreditado que el 21 de julio de 2014 la demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con el **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.** (fl. 25 a 26), el cual fue suscrito por el representante legal de dicha forma asociativa, el Sr. JUAN CARLOS JIMÉNEZ CARDONA (fl. 16), quien a su vez es el representante legal de **GLOBAL ACTION S.A.S.** (fl. 21vto), una de las dos sociedades consorciadas y cuyo porcentaje de participación es del 50% (fl. 17). El precitado contrato tuvo por finalidad vincular a la demandante al cargo de ejecutiva de ventas (fl.

25 y 26), pactando las partes de forma expresa que el salario de la trabajadora estaría conformado por un básico de \$3.600.000 y una comisión por ventas del 3%.

Posteriormente, el 12 de febrero de 2015, se observa que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con **TWO COLOMBIA S.A.S.** (fl. 29 a 30), sociedad que a su vez hace parte del consorcio antes mencionado con una participación del 50%. Llama la atención que dicho contrato fue suscrito por la Sra. LUZ SIERRA OREJUELA en su calidad de representante legal de dicha sociedad.

Conforme las pruebas documentales antes analizadas, se observa que la demandante, de forma libre y voluntaria, suscribió un primer contrato de trabajo con el **CONSORCIO PUBLICIDAD EN MOVIMIENTO S.A.S.**, para posteriormente suscribir otro contrato de trabajo con la sociedad **TWO COLOMBIA S.A.S.**

Por lo anterior resulta razonable inferir que si bien los consorcios no tienen personería jurídica y, por ende, las obligaciones laborales que adquieren se radican en cabeza de las sociedades consorciadas, frente a una de las cuales la actora celebró un segundo contrato de trabajo, no por ello se puede concluir que en el presente asunto se estructuró una unidad contractual, por tal figura, conforme ha señalado la H. CSJ, se activa en virtud del principio laboral de prevalencia de la realidad sobre las formas, sin que en el presente asunto la actora hubiera acreditado su dicho de que en efecto continuó ejerciendo las mismas funciones bajo las mismas condiciones en las cuales se desempeñó cuando prestó su servicio a favor del Consorcio.

Es importante señalar que si bien en el presente asunto no existió solución de continuidad entre los contratos de trabajo que celebró la demandante, lo cierto es que no se puede predicar que en dichas relaciones el empleador fue el mismo, por cuanto para la primera vinculación lo fueron las dos (2) sociedades consorciadas representadas a través del Consorcio, mientras que en la segunda vinculación solo una de esas sociedades, de forma exclusiva, asumió como empleador.

De otra parte, no puede desconocer la Sala que las relaciones laborales no son ajenas al principio de libertad contractual, el cual puede ser ejercido siempre y cuando no afecte las garantías y derechos mínimos laborales y de la seguridad social, tal y como lo impone el artículo 53 constitucional y el artículo 14 CST. En el presente asunto, no se observa merito probatorio suficiente para declarar la unidad contractual, por cuanto se reitera que no se allegó prueba alguna de que en la segunda vinculación la demandante ejerció las mismas funciones bajo las mismas condiciones del primer contrato de trabajo, por tanto, el segundo contrato de trabajo conserva validez jurídica y, por tanto, las partes eran libres de acordar el valor del salario que regiría esa nueva relación, siempre y cuando no afectará el SMLMV, lo cual no ocurrió por cuanto ascendió a la suma de \$2.600.000, lo que conlleva a descartar la pretensión de declarar una sola relación laboral.

Respecto de la solicitud de la apelante de incluir el valor de las comisiones como parte del salario, la Sala observa que no es viable acceder a dicha suplica, por cuanto no existen los suficientes elementos de prueba que permitan calcular el monto de las comisiones por venta, por cuanto las presuntas ventas que alega la demandante constituyen afirmaciones realizada por dicha parte que carecen de sustento probatorio, por cuanto no existe ninguna prueba que acredite la existencia de la mismas en las fechas, montos y a los clientes relacionados en el cuadro que se adjuntó en la demanda, inclusive ni siquiera las impresiones de los presuntos correos electrónicos relacionan las mismas, por tanto, se confirmará la decisión del Juez de primera instancia en cuanto declaró que la falta de prueba suficiente para establecer su monto.

Respecto de la petición de considerar el valor del auxilio de celular como parte constitutiva del salario, se tiene que tanto la demandante en su interrogatorio como su apoderado al momento de sustentar el recursos de apelación indicaron que el objeto del pago de los \$100.000 pesos mensuales por dicho concepto era facilitar el cumplimiento de los funciones del cargo de la demandante, esto es, no

tenían como finalidad retribuir su servicio sino facilitar el mismo, por lo cual no son salario conforme el artículo 128 CST.

Al no acreditarse la existencia de prestaciones sociales pendientes de pago, se absuelve de la pretensión de condena a las indemnizaciones por no pago de intereses a la cesantía e indemnización moratoria.

Del mismo modo, no se impartirá condena al pago de la indemnización por despido, por cuanto si bien la demandante acreditó que en efecto su segundo contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral y sin justa causa de su empleador **TWO COLOMBIA S.A.S.** el 28 de abril de 2015 (fl. 43), lo cierto es que la demandante confesó en su interrogatorio que sí se le pagó la respectiva indemnización, calculada sobre el valor de su salario de \$2.600.000, respecto del cual se reitera que no se impartirá condena por otros factores salariales, por tanto, el monto pagado es el que corresponde a derecho.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia conforme la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO/ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado.**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.**



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

**S03-0094-2020**

**Radicado N° 22-2017-00676-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **JOSÉ ENRIQUE ARIAS HERNÁNDEZ** en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones al declarar probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandante (fl. 57 a 58, 22:05 cd fl. 53).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 9 a 13).**

**JOSÉ ENRIQUE ARIAS HERNÁNDEZ** solicitó declarar que le asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a su cargo a partir del 1° de septiembre de 2011, en consecuencia, condenar al pago del retroactivo, sus incrementos de Ley, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el extinto ISS le reconoció pensión legal de vejez mediante la Resolución 119873 del 19 de

septiembre de 2011, reconocimiento que se realizó conforme el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición pensional. Afirmó que se omitió el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo LYDA SILVIA MOYA RODRIGUÉZ, con quien celebró matrimonio el 28 de junio de 1980 y quien depende económicamente de él al no recibir pensión o renta alguna, por tanto, solicitó el reconocimiento de dicho incremento a **COLPENSIONES** el 13 de octubre de 2015.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 19 a 30).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la calidad de pensionado del demandante bajo el Decreto 758 de 1990 y que no reconoció el incremento pensional por cónyuge a cargo. Indicó que el incremento pensional por cónyuge a cargo fue derogado por la Ley 100 de 1993, tal y como le indicó al demandante mediante Resolución GNR138887 del 11 de mayo de 2016 y, en todo caso, no le consta el presunto matrimonio y dependencia económica alegadas por el pensionado, así como que estarían eventualmente prescritos, por cuanto fueron reclamados luego de 3 años de reconocida la pensión. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de **COLPENSIONES**, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o ajuste alguno, intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 57 a 58, 22:05 cd fl. 53)**

El 23 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*



**SEGUNDO:** *DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta de conformidad a lo expuesto.*

**TERCERO:** *COSTAS a cargo del demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

**CUARTO:** *ORDENAR la consulta de la presente sentencia en favor del demandante en caso de no ser apelada, de conformidad con el art. 69 del CPT y SS (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asiste o no el derecho al incremento de su pensión de vejez en un 14% por cónyuge a cargo de manera indexada.

Para resolver indicó que los incrementos pensionales de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 no fueron derogados según la posición de la H. CSJ, en especial de las sentencias SL9592 de 2016, SL1975 de 2018, entre otras, por cuanto los artículos 288 y 289 de la Ley 100 de 1993 los incorporaron a favor de los pensionados con régimen de transición que acceden al Decreto 758 de 1990. En el caso concreto indicó que al demandante se le reconoció la pensión con la Resolución 119873 de 2011, conforme el Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de septiembre de 2011; así mismo, acreditó que está casado, así como la dependencia económica y ausencia de pensión de su cónyuge conforme el testimonio de MARIO RAMÍREZ HURTADO, quien como amigo de la pareja manifestó que los visita más o menos 3 veces al mes y que es el demandante quien solventa los gastos de su esposa, por tanto, cumple los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 y es acreedor del derecho al incremento pensional reclamado, sin embargo, la excepción de prescripción conlleva a aplicar la posición de la H. CSJ de que dichos incrementos se extinguen al término trienal de prescripción, siendo exigibles desde cuando se reconoce la pensión, tal y como se indicó en las sentencias SL9618 de 2014, 1585 de 2015, SL942 de 2019, entre otras, que constituyen doctrina probable conforme el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, siendo que la reclamación administrativa se realizó el 13 de octubre de 2015, es decir, más de 3 años luego del reconocimiento pensional, por lo cual declaró la prescripción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **JOSÉ ENRIQUE ARIAS HERNÁNDEZ** presentó recurso de apelación. Para sustentar su recurso se remitió a sus alegatos de conclusión, en los cuales solicitó acceder a las pretensiones, por cuanto señaló que las pruebas documentales acreditan que el demandante sí está pensionado, que sí está casado y el testimonio del señor MARIO RAMÍREZ HURTADO demuestra que su esposa sí depende económicamente del demandante; así mismo, indicó que el derecho al incremento pensional es imprescriptible en virtud del artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto dicha norma indica que subsiste mientras persistan las causas que le dan origen, sin que sea posible por vía judicial ordenar su extinción<sup>1</sup> (23:25 cd fl. 53).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con CC 1.018.463.898 y portador de la TP 302.039 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituta de dicha demandada, quien solicitó absolver de las pretensiones por cuanto indicó que los incrementos pensionales fueron derogados por la Ley 100 de 1993, tal y como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia SU140 de 2019. Agotado el término, la parte demandante se abstuvo de presentar alegatos.

---

<sup>1</sup> Conforme el fallo interpongo recurso de apelación, por lo anteriormente expuesto en los alegatos su Señoría. Gracias. <**alegatos de conclusión:** muchas gracias Señoría. Solicito que se tenga como favorables las pretensiones de la demanda, toda vez que de las pruebas documentales, como son el derecho de petición, la Resolución 119873 del 19 de septiembre de 2011, por la cual se reconoció la pensión, copia simple del registro civil del matrimonio de los esposos Arias Moya, con esto demostramos la pensión del señor, igualmente demostramos que ellos se encuentran debidamente casado, igualmente con la prueba testimonial del señor MARIO RAMÍREZ se demuestra que la señora LYDA si depende económicamente del señor ARIAS HERNÁNDEZ, los conoce desde hace muchos años, los visita frecuentemente y sabe exactamente a qué se dedica la señora, que es el hogar, sabe a qué se dedica el señor ARIAS, que es pensionado. Conforme lo anterior, también manifiesto la imprescriptibilidad del derecho al incremento pensional, de conformidad con el artículo 22 del Mencionado Acuerdo 049 de 1990, en cuanto dispone que el derecho a ellos subsiste mientras persistan las causas que le dieron origen, entonces, mientras subsistan dichas causas no es posible que por vía judicial se disponga la extinción del derecho, porque es la misma Ley creadora la que los mantiene, tal y como lo sostiene la H. Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de la Sala Décimo Cuarta de Decisión Laboral de fecha 25 de enero de 2016. Esos son mis alegatos su Señoría.>.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el extinto ISS a través de la Resolución 119873 de 2011 reconoció pensión legal de vejez al demandante **JOSÉ ENRIQUE ARIAS HERNÁNDEZ** a partir del 1º de septiembre de 2011, conforme el régimen legal del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional (fl. 4 a 5); **ii) COLPENSIONES**, a través de la Resolución GNR 138887 del 11 de mayo de 2016, en cumplimiento de una sentencia de tutela resolvió la petición que radicó el demandante el 13 de octubre de 2015, negando el incremento pensional por cónyuge a cargo solicitado (fl. 2 a 3).

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, dispuso: “*con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1º de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de*

*quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1º de abril de 1994”.*

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López y recientemente en las sentencias SL5147 de 2018, SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, lo cierto es que, con la reciente decisión, la H. Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por tanto, se modificará la sentencia de primera instancia a fin de declarar la inexistencia del derecho reclamado, decisión que se adopta por cuanto el incremento pensiona reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo al momento en que el demandante consolidó su derecho pensional en 2011.

Sin costas en esta instancia.

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


### **RESUELVE**

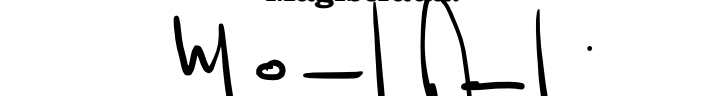
**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, conforme la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0088-2020**

**Radicado N° 22-2018-00593-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **MANUEL SIERRA SÁNCHEZ** contra la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones en su contra porque declaró probada la excepción de prescripción y condenó en costas al demandante (fl. 69 a 70, 18:12 cd fl. 67).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 19 a 25).**

**MANUEL SIERRA SÁNCHEZ** solicitó condenar a **COLPENSIONES** a partir del 1° de julio de 2005, al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que el 02 de septiembre de 2004, presentó solicitud de reconocimiento pensional ante el extinto

ISS, Entidad que mediante la Resolución 020103 del 29 de junio de 2005, le reconoció su pensión de vejez, conforme el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición pensional. Afirmó que celebró matrimonio con MARÍA SULINDA CASTRO el 07 de febrero de 1976, con quien ha convivido por 48 años y quien depende económicamente del demandante ya que no recibe pensión, ingresos ni renta. A pesar de lo anterior, indicó que la demandada omitió efectuar el incremento del incremento del 14% de su mesada, por lo cual presentó derecho de petición solicitando dicho incremento, solicitud que no contestó **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 31 a 51)**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos al reconocimiento a partir del 1° de julio de 2005 de la pensión de vejez al demandante conforme el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición pensional y que no le reconoció el incremento pensional por cónyuge a cargo. Indicó que no le constan los hechos relativos al presunto matrimonio y convivencia que alegó el demandante, así mismo, que éste no acreditó los requisitos para causar dicho incremento al momento del reconocimiento de su pensión, los cuales están prescritos y, en todo caso, fueron derogados con la expedición de la Ley 100 de 1993. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de **COLPENSIONES**, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o ajuste alguno, intereses moratorios ni indemnización moratoria, falta de causa para demandar, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 69 a 70, 18:12 cd fl. 67)**

El 26 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor MANUEL SIERRA*

*SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía 9.495.140, de conformidad con lo expresado en esta providencia.*

**SEGUNDO:** *DECLARAR probada la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada, conforme a lo expuesto en esta providencia.*

**TERCERO:** *COSTAS a cargo del demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

**CUARTO:** *ENVIAR en grado jurisdiccional de consulta el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, de conformidad con el art. 69 del CPT y SS (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asiste o no el derecho al incremento de su pensión de vejez en un 14% por cónyuge a cargo de manera indexada y al pago de intereses moratorios.

Para resolver indicó que los incrementos pensionales de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 no fueron derogados según la posición de la H. CSJ, en especial de las sentencias SL9592 de 2016, SL1975 de 2018, entre otras, por cuanto los artículos 288 y 289 de la Ley 100 de 1993 los incorporaron a favor de los pensionados con régimen de transición que acceden al Decreto 758 de 1990. En el caso concreto indicó que al demandante se le reconoció la pensión con la Resolución 020103 de 2005 conforme el Decreto 758 de 1990, a partir del 1° de julio de 2005, así mismo, acreditó que está casado y la dependencia económica de su cónyuge conforme las declaraciones extrajuicio y el certificado que expidió la ADRES indicando que ella es beneficiaria en salud de su esposo, por tanto, se cumplen los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 y es acreedor del derecho al incremento pensional reclamado, sin embargo, la excepción de prescripción conlleva a aplicar la posición de la H. CSJ que sostiene que dichos incrementos se extinguen por el término trienal de prescripción, siendo exigibles desde cuando se reconoce la pensión, tal y como se indicó en las sentencias SL9618 de 2014, 1585 de 2015, SL942 de 2019, entre otras, que constituyen doctrina probable conforme el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, siendo que la reclamación administrativa se realizó el 31 de julio de 2018, es decir,



más de 3 años luego del reconocimiento pensional, por lo cual declaró la prescripción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que tiene derecho al pago del incremento pensional por cónyuge a cargo desde la fecha de reconocimiento de su pensión de vejez, conforme el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por cuanto su cónyuge no trabaja, no está pensionada, no tiene bienes de fortuna y no es beneficiaria de ningún subsidio público, por tanto, solicitó a los magistrados del H. Tribunal de Bogotá apartarse de la sentencia SU149 de 2019, con lo han hecho en varias veces en virtud del principio constitucional de doctrina probable y porque el demandante no debe asumir cargas injustificadas por la mora en la administración de justicia ya que la demanda se admitió en enero<sup>1</sup> (19:01 cd fl. 67).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a las condenas por cuanto acreditó la dependencia económica de su cónyuge, siendo incompresible que no se aplique el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 porque acreditó que cumple los requisitos señalados para dicho incremento, el cual desconoció la demandada al momento del reconocimiento de la pensión de vejez. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Shasha Renata Saleh Mora, identificada con CC 53.106.477 y portadora de la TP 192.270 del C.S.J., a quien se reconoce como

---

<sup>1</sup> Con el mayor respeto su Señoría me aparto de la decisión tomada en primera instancia e interpongo recurso de apelación en los siguientes términos. Solicitó a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar el incremento pensional del 14% por persona a cargo a favor del demandante MANUEL SIERRA SÁNCHEZ por su cónyuge MARÍA SULINDA CASTRO a cargo, a partir del 1° de julio de 2005, fecha en la cual se reconoció su pensión de vejez, de conformidad con lo señalado en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990. Lo anterior por cuanto la cónyuge no trabaja, no es pensionada, no tiene bienes de fortuna y no es beneficiaria de ninguna subsidio por parte del Estado, por ello solicitó a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que se aparte de la sentencia SU149 de 2019, como lo han hecho en repetida ocasiones en virtud del principio constitucional de doctrina probable y a su vez porque mi poderdante no debe asumir cargas injustificadas por la mora en la administración de justicia ya que esta demanda fue admitida por el Despacho en enero del presente año. Gracias su señoría.

apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto señaló que los incrementos pensionales fueron derogados por la Ley 100 de 1993, tal y como indicó la H. Corte Constitucional en la sentencia SU149 de 2019.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho o no al demandante al reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el extinto ISS a través de la Resolución 020103 de 2005 reconoció pensión legal de vejez al demandante **MANUEL SIERRA SÁNCHEZ** a partir del 1º de julio de 2005, conforme el régimen legal del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en virtud de que el demandante es beneficiario del régimen de transición pensional (fl. 9); **ii)** el 07 de febrero de 1976 el demandante celebró matrimonio con MARÍA SULINDA CASTRO (fl. 5), quien figura como su beneficiaria ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud (fl. 11); **iii)** el 31 de julio de 2018 el demandante radicó derecho de petición ante **COLPENSIONES**, por el cual solicitó el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo conforme el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 (fl. 7).

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, dispuso: “*con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del*

*1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994”.*

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López y recientemente en las sentencias SL5147 de 2018, SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, lo cierto es que, con la reciente decisión, la H. Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por tanto, se modificará la sentencia de primera instancia a fin de declarar la inexistencia del derecho reclamado, decisión que se adopta por cuanto el incremento pensiona reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo al momento en que el actor consolidó su derecho pensional en 2005.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción de

INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, conforme la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0091-2020**

**Radicado N° 22-2018-00613-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **JULIO CARVAJAL LOSADA** contra la sentencia proferida el 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones al declarar probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandante (fl. 56 a 57, 21:45 cd fl. 54).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 10 a 17).**

**JULIO CARVAJAL LOSADA** solicitó declarar que le asiste el derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a su cargo a partir del 26 de noviembre de 2006, en consecuencia, condenar al pago del retroactivo, sus incrementos de Ley, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el extinto ISS le reconoció pensión legal de vejez mediante la Resolución 126141 de 2006

modificada con la Resolución 047781 del 26 de noviembre de 2006, reconocimiento que se realizó conforme el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición pensional. Afirmó que se omitió el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo ANA DE JESÚS MARTÍNEZ, con quien hace vida marital desde 1972 y quien depende económicamente de él al no recibir pensión o renta alguna, por tanto, solicitó el reconocimiento de dicho incremento, el cual negó **COLPENSIONES** mediante la Resolución BZ2018\_7401210\_1875673 del 26 de junio de 2018.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 24 a 43).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la calidad de pensionado del demandante bajo el Decreto 758 de 1990 y que negó el reconocimiento del incremento pensional por cónyuge a cargo. Indicó que al momento del reconocimiento de la pensión de vejez, el demandante no acreditó los requisitos para acceder al incremento pensional que reclama, así mismo, que no los reclamó dentro de los tres años siguientes al reconocimiento pensional y que en todo caso los mismos fueron derogados con la Ley 100 de 1993. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de **COLPENSIONES**, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación o ajuste alguno, intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 56 a 57, 21:45 cd fl. 54)**

El 27 de septiembre de 2019 el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JULIO CARVAJAL*

*LOZADA, identificado con cédula de ciudadanía 17.621.317, de conformidad con lo expresado en esta providencia.*

**SEGUNDO:** *DECLARAR probada la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN propuesta por la demandada, conforme a lo expuesto en esta providencia.*

**TERCERO:** *COSTAS a cargo del demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de \$300.000.*

**CUARTO:** *ENVIAR en grado jurisdiccional de consulta el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, de conformidad con el art. 69 del CPT y SS (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si al demandante le asiste o no el derecho al incremento de su pensión de vejez en un 14% por cónyuge a cargo de manera indexada y al pago de intereses moratorios.

Para resolver indicó que los incrementos pensionales de los artículos 21 y 22 del Acuerdo 049 de 1990 no fueron derogados según la posición de la H. CSJ, en especial de las sentencias SL9592 de 2016, SL1975 de 2018, entre otras, por cuanto los artículos 288 y 289 de la Ley 100 de 1993 los incorporaron a favor de los pensionados con régimen de transición que acceden al Decreto 758 de 1990. En el caso concreto indicó que al demandante se le reconoció la pensión con la Resolución 026141 de 2006 modificada con la Resolución 047781 del 26 de noviembre de 2006, conforme el Decreto 758 de 1990, a partir del 20 de febrero de 2006; así mismo, acreditó que convive con la señora ANA DE JESÚS MARTÍNEZ desde 1972 y que ella depende económicamente de él conforme el testimonio DE JOSÉ ANTONIO CUEVAS HERRERA, por tanto, cumple los requisitos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 y es acreedor del derecho al incremento pensional reclamado, sin embargo, la excepción de prescripción conlleva a aplicar la posición de la H. CSJ de que dichos incrementos se extinguen al término trienal de prescripción, siendo exigibles desde cuando se reconoce la pensión, tal y como se indicó en las sentencias SL9618 de 2014, 1585 de 2015, SL942 de 2019, entre otras, que constituyen doctrina probable conforme el artículo 4 de la Ley 169 de 1896, siendo que la reclamación administrativa se realizó el 26 de

junio de 2018, es decir, más de 3 años luego del reconocimiento pensional, por lo cual declaró la prescripción.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

El demandante **JULIO CARVAJAL LOSADA** presentó recurso de apelación. Indicó que el incremento pensional por cónyuge a cargo es un derecho que ya está probado y si bien la demanda se interpuso luego de más de 3 años del reconocimiento pensional, lo cierto es que hay sentencias en donde se ha ordenado el pago de los incrementos por los tres últimos años, por tanto, solicitó dicho derecho más aún cuando no posee otros recursos para sostener a su compañera permanente<sup>1</sup> (22:37 cd fl. 54).

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Shasha Renata Saleh Mora, identificada con CC 53.106.477 y portadora de la TP 192.270 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituta de dicha demandada, quien solicitó absolver de las pretensiones por cuanto indicó que los incrementos pensionales fueron derogados por la Ley 100 de 1993, tal y como lo señaló la H. Corte Constitucional en la sentencia SU140 de 2019. Agotado el término, la parte demandante se abstuvo de presentar alegatos.

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

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

---

<sup>1</sup> Su señoría, apelo la sentencia. La apelo porque es un derecho que ya está probado. Con respecto a la prescripción, si bien es cierto que han transcurrido más de 3 años, también es cierto que en sentencias se han reconocido los 3 últimos años para que se le de este derecho a mi poderdante, ya que no tiene otros recursos para sostener a la señora compañera. Muchas gracias.



## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho o no al demandante al reconocimiento del incremento pensional por compañera permanente a cargo, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el extinto ISS a través de la Resolución 026141 de 2006 reconoció pensión legal de vejez al demandante **JULIO CARVAJAL LOSADA** a partir del 1° de julio de 2006, conforme el régimen legal del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional (fl. 3), acto administrativo que fue modificado por la Resolución 047781 del 16 de noviembre de 2006, por la cual el extinto ISS modificó la fecha de reconocimiento pensional al 20 de febrero de 2006 (fl. 4 a 5); **ii)** mediante escritura pública 02910 del 28 de septiembre de 2011, el demandante y ANA DE JESÚS MARTÍNEZ declararon bajo juramento la existencia de una unión marital de hecho desde 1972 (fl. 8 a 9); **iii)** el 26 de junio de 2018 el demandante radicó solicitud de reconocimiento del incremento pensional por compañera permanente a cargo ante **COLPENSIONES**, la cual negó la Administradora mediante oficio BZ2018\_7401210-1875673 (fl. 6).

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la H. Corte Constitucional mediante sentencia SU140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994”*.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López y recientemente en las sentencias SL5147 de 2018, SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, lo cierto es que, con la reciente decisión, la H. Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por tanto, se modificará la sentencia de primera instancia a fin de declarar la inexistencia del derecho reclamado, decisión que se adopta por cuanto el incremento pensiona reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo al momento en que el demandante consolidó su derecho pensional en 2006.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar probada la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, conforme la parte motiva de esta providencia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado.**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.**



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

**S03-0098-2020**

**Radicado N° 23-2018-00204-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR** (fl. 145 a 146, 55:45 cd fl. 147).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 22 a 32).**

**RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a la AFP al pago de perjuicios causados, intereses moratorios y devolver al demandante al mismo estado que tenía antes de la afiliación, en subsidio, condenar a la AFP al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 26 de septiembre de 1976; que el 15 de febrero de 2002 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que el 30 de junio de 2017 solicitó a la AFP su traslado al RPM, entre otras peticiones, solicitud que fue negada.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP demandada, así mismo, que las pretensiones carecen de soporte jurídico y fáctico, sin que pueda retornar al RPM en cualquier tiempo, sin que existan vicios en el consentimiento porque el error de derecho no lo vicia y, además, las condiciones pensionales son de público conocimiento al estar reguladas en la Ley. Interpuso las excepciones de carencia de causa para demandas, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la innominada o genérica (fl. 42 a 51).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que ofreció un servicio óptimo y que el demandante solicitó su retorno al RPM y que negó dicha petición. Indicó que el demandante suscribió afiliación libre y voluntaria a la AFP, sin que para dicho momento existiera obligación de documentar la asesoría

previa a la afiliación, sin que por ello se pueda desconocer que brindó una completa y adecuada asesoría, así mismo, durante la afiliación informó sobre el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 mediante diarios de amplia circulación, siendo notoria su voluntad de permanecer en el RAIS por cuanto nunca presentó reparo alguno y lleva cotizando más de 18 años, sin que pueda alegar la presunta ignorancia de la Ley a su favor y sin que exista ninguna causal de nulidad o daño alguno por su permanencia en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica (fl. 67 a 97).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 145 a 146, 55:45 cd fl. 147)**

El 22 de agosto de 2019, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

***TERCERO: DECLARAR** que el señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.** hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por las razones expuestas.*

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

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**SEXTO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversar a **COLPENSIONES**. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la forma como se efectuó el traslado de régimen pensional del demandante para establecer la procedencia de declarar su nulidad o ineficacia y en consecuencias declarar que se encuentra afiliado al RPM y ordenar a la AFP la devolución de los dineros recibidos, así mismo, el demandante desistió de sus pretensiones subsidiarias.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, siendo un derecho del afiliado escoger de forma libre el régimen pensional, para lo cual es fundamental un consentimiento informado, conforme el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por su parte, el artículo 1604 CC indica que la prueba de diligencia de cuidado debe demostrarlo quien debió empleador, que en el caso es la AFP en virtud de su responsabilidad profesional. Afirmó que la H. CSJ estableció el deber de información y buen consejo de las AFP y la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, sin importar si existe una expectativa legítima o régimen de transición porque dichos deberes se exigen del acto de traslado en sí mismo, por tanto, si bien no era exigible una proyección, sin debía explicarse las características, ventajas y desventajas de cada régimen, también dejar claro cuánto dinero se necesitaba para causar una pensión en el RAIS, por tanto, al no acreditar la AFP una asesoría completa, declaró la ineficacia del traslado porque no hubo confesión del actor de que conoce de forma clara los aspectos del RAIS y además el formulario de afiliación por sí solo no demuestra el deber de buen consejo. En consecuencia, declaró que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, debiendo la AFP devolver los aportes, rendimientos y

gastos de administración, conforme los parámetros de la H. CSJ que indican que así sea con recursos propios se debe retornar todo lo recibido por la AFP, sin descuento alguno. Rechazó la excepción de prescripción porque la pretensión es declarativa de un estado jurídico y el derecho pensional es imprescriptible. Costas a cargo de la AFP.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar las condenas en su contra. Indicó que las pruebas demuestran que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, así mismo, la AFP durante los 18 años de vinculación realizó campañas de información a sus afiliados y ha dispuesto oficinas e instrumentos para exponer temas pensionales. Al momento del traslado, el actor solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, sin que demuestre que el asesor actuó con dolo o que lo forzó a la afiliación, sin que el error de derecho cause vicio de consentimiento y sin que pueda alegar a su favor el desconocimiento de la Ley, además, al momento del traslado no era posible determinar el monto de su mesada porque depende de muchos factores en el RAIS, así mismo, como persona intelectualmente estructurada fue capaz de sopesar los beneficios que le indicó el asesor para determinar si le convenía su traslado, decidió hacerlo y solo 18 años después cuando no cumplió su meta de ahorro alegó la presunta falta de información que no demostró. Cuestionó que si el principal motivo que alegó el demandante como causa de su traslado fue que se le dijo que el ISS acabaría, no explicó porque no solicitó su retorno si es notorio que lo reemplazo **COLPENSIONES**; además, el demandante relacionó en el formulario de afiliación a su hijos, lo que evidencia que conoce una característica propia del RAIS, así mismo, incurrió en falta de fidelidad procesal por las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio, mientras que la AFP esta cobijada por la presunción de buena fe de que suministró una adecuada información<sup>1</sup> (57:5 cd fl. 147).

---

<sup>1</sup> ): De manera respetuosa interpongo recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen el recurso en mención, me permito sustentarlo en los siguientes términos a nombre de mi representada. A los señores Magistrados les manifiesto que como se ha venido reiterando en muchas oportunidades por parte de mi representada en relación con la vinculación que hizo el demandante a Horizonte hoy Porvenir, la cual siempre hemos considerado por todo el



acervo probatorio que fue un acto valido en la medida no solo de que suscribió la solicitud de vinculación como traslado de régimen el 15 de febrero de 2000, de manera libre, espontanea y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría integral y completa que para la época en que se realizó el traslado era permitido para las AFP y en concreto para mi representada Horizonte hoy Porvenir, así es como adicional a lo anterior, Porvenir, a lo largo de los 18 años en los que la parte actora ha permanecido afiliada, mi representada se ha preocupado por realizar diversas campañas tendientes a mantener informados a todos sus afiliados, me refiero no solamente a las comunicaciones que se hayan generado de manera particular al hoy actor, sino además ha tenido acceso durante toda su permanencia en el RAIS a la red de oficina de mi representada y a todos los instrumentos y herramientas suministradas para que active de manera forzosa la investigación relacionada con el tema pensional, que en este caso se deja probado dentro del proceso que no se realizó por parte del actor. Es claro también señores magistrados que con fundamento en la información que en su momento registrada en la historia laboral del demandante, para el momento del traslado del régimen pensional la expectativa de pensión de él estaba lejana porque solo contaba con 42 años de edad y 601 semanas cotizadas, es decir, aun le faltaban como mínimo 20 años para alcanzar la edad reglamentaria en el RPM y 699 semanas para acceder a la pensión en el mismo régimen, teniendo en cuenta que en el año 2014 se aumentó en 2 años la edad de pensión, por lo que al momento del traslado solo tenía 11 años de cotizaciones conforme se registró en la historial laboral oficial del actor para dicha época, conforme las documentales de resumen de historial laboral y bono pensionales obtenidas del aplicado de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. También es importante mencionar que en este proceso no existe prueba alguna que desprenda que el asesor de mi representada actuó de manera dolosa o forzó al demandante para que suscribiera el formulario de afiliación, tampoco puede hablarse de ningún vicio por error de derecho conforme lo dispuesto en el Código Civil y por la H. Corte Constitucional en la sentencia C993-2006, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, lo cual ha venido reiterando el honorable Tribunal de Bogotá en sentencias proferidas el 16 de agosto de 2016 y el 5 de abril de 2017 y 24 de abril de 2018 y siguientes respectivamente, en las que decidió no declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS tras evidencias que no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento y reiterando que conforme el artículo 1509 el error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, es claro señores Magistrados y me quiero referir que no quedó probado ningún vicio del consentimiento y me refiero concretamente a la imposibilidad o poca posibilidad de engaño referente a la existencia de vicio de consentimiento referido al dolo y es que en el presente caso, consistiría en un presunto engaño al afiliado al realizarse el traslado del RPM al RAIS; lo que resulta absurdo porque la decisión de cambio de régimen, además de ser libre, espontanea e informada, para mi representada no era posible en la época del traslado poder establecer con certeza si la mesada pensional del demandante por este régimen sería o no inferior al del RPM, porque ello dependía de varios factores y en especial del comportamiento que el asumiera en cuanto al ahorro, aportes adicionales, entre otros, como lo señaló la honorable Corte Constitucional en la sentencia SU062 de 2010 donde manifestó: “existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el RPM”. Igualmente, señores Magistrados, queda en evidencia que el demandante era para el momento del traslado y lo sigue siendo una persona intelectualmente estructurada, recordemos que es docente universitario, ello no quiere decir por parte de mi representada que exigiere un conocimiento especializado, pero lo que si queda claro es que tenía la capacidad de sopesar en ese momento los beneficios sobre el traslado de régimen que le brindó el asesor para determinar si le convenia o no tomar esa decisión, entonces no resulta valido que luego de 18 años cuando evidenció que no logró cumplir los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen pretenda obtener la ineficacia de una afiliación legal aduciendo una supuesta falta de información y equivocación en la asesoría por parte de Porvenir, que como he reiterado jamás existió la falta de información o una indebida asesoría o engaño al momento del traslado de régimen. En suma, el demandante no puede alegar que no conocía la Ley en materia pensional, por cuanto es aplicable al caso que nos ocupa el principio general del derecho de que la ignoración de la Ley no sirve de excusa y en gracia de discusión, señores Magistrados, recordemos haciendo alusión a las respuesta obtenidas del actor en el interrogatorio de parte que se practicó, quedo en evidencia que una de las principales razones por las cuales decidió su traslado de régimen es precisamente porque decía que el seguro social se terminaría y que sus aportes estaban en peligro de pérdida, lo que resulta inexacto y negativo en la medida que lo que nos demostró el tiempo y lo que él pudo evidenciar a través de medios notorios, es que efectivamente que aparte de que si se terminó el Instituto de Seguros Sociales COLPENSIONES asumió la carga del ISS y que permanecían los aportes de los afiliados incólumes. Por estas razones, señores Magistrados, digo de manera respetuosa que todas la condenas impuestas a mi representada sean revocadas en su integridad por las razones que he venido exponiendo, además porque, refiriéndome concretamente a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a los que el Juez de primera instancia hizo alusión aparte de las demás condenas impuestas, resulta para esta representante de PORVENIR que sea tomado en cuenta el hecho de que mi representada durante toda la vida lo único que ha hecho es atender la normatividad legal de administración, de forma transparente y de buena fe de unos recursos, y que efectivamente sigue insistiendo que la asesoría prestada por parte de mi representada al momento del traslado, valga decir el año 2002, se pudo establecer que se facilitó de manera clara y eficaz, quiero hacer alusión a una de las características propias del RAIS, que si nos reportamos al formulario de ahorro del traslado, notamos que el actor realizó o, más bien, suscribió el nombre de dos de sus hijos, lo que prueba que cuando lo diligenció lo hizo a conciencia y que recibió una información relativa a los afiliados, que como dije en mis alegatos es una de las características propias del RAIS, que no son propias por supuesto del RPM. Por estas razones, señores

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., identificada con NIT 900.847.037, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con CC 1.020.786.735 y portadora de la TP 300.432 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, alegando la improcedencia de invertir la carga de la prueba a favor del afiliado conforme las sentencias C-086 de 2016 y T-422 de 2011, así como la mala fe del demandante y se negligencia y falta de intereses por su futuro pensional, quien omitió sus obligaciones como consumidor financiero de informarse sobre el producto, a la vez que el error de derecho no vicia el consentimiento conforme el Código Civil y la sentencia C-993 de 2006. Por su parte, la apoderada de **PORVENIR** solicitó acceder al recurso de apelación, por cuanto el actor se afilió de forma voluntaria e informada previa asesoría verbal de un asesor capacitados en temas pensionales, sin que para el 2002 se exigiera documentar la misma, permaneciendo el actor en el RAIS por más de 18 años sin reparo alguno y quien además no tenía una expectativa pensional cierta al momento del traslado, estando prescrito el derecho procesal de acción. Agotado el término, la parte demandante se abstuvo de presentar 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 inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

---

Magistrados, los invito de manera respetuosa de que sean revisadas en su integridad todas y cada una de las respuestas versus los hechos de la demanda, que dejan clara evidencia de la falta de fidelidad procesal en la medida que existen claras inconsistencias respecto de lo que se manifiesta en la demanda y lo que hoy el actor manifestó ante el Despacho en su interrogatorio de parte, que queda en evidencia que para PROVENIR ratifica la presunción de buena fe de la información dada al hoy afiliado al RAIS y que definitivamente deja en entre dicho que no hubiera recibido la información que el insiste no recibió por parte de mi representada. Repito agradezco que se revoquen todas las condenas impuestas a mi representada en su integridad.

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** nació el 09 de marzo de 1957 (fl. 11); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 26 de septiembre de 1976 al 29 de febrero de 2000, acumulando 172, 14 semanas conforme su historia laboral (fl. 58) y 659,57 semanas conforme la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 103); **ii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), que se hizo efectivo el 1° de abril de 2000 (fl. 99), administradora donde permanece afiliado.

### **- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem*

consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR**.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que se acreditó que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, que la AFP durante 18 años realizó campañas de información y dispuso canales para exponer temas pensionales, que solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, que no demostró ningún vicio en el consentimiento y no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, siendo imposible determinar el monto de la pensión a la fecha de traslado, no obstante lo cual el actor tuvo la capacidad intelectual de determinar que le convenía el traslado, siendo un hecho

notoria la existencia de **COLPENSIONES** pese lo cual no decidió retornar, incluso, dejó prueba de conocer los aspectos del RAIS porque relacionó sus hijos en el formulario y criticó las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que

un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba alguna de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** manifestó en su interrogatorio que en la reunión grupal, que precedió a su traslado de régimen, se le informó acerca del RAIS que tendría una cuenta individual y que tendría la libertad de escoger el monto y momento de su pensión, manifestaciones que guardan relación con las omisiones descritas en la demanda, en donde el actor manifestó la falta de información en cuanto el modo como se causa y liquida la pensión en el RAIS con base en un monto de capital necesario para generar el derecho pensional, sin que por su parte la AFP hubiera cumplido con su carga de la prueba de acreditar que contrario a lo afirmado por el actor si brindo una adecuada asesoría y consejo por parte de la AFP para conocer las características de cada régimen pensional, sus ventajas, desventajas, riesgos y beneficios de permanecer en cada uno de ellos.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.


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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**C03-0036-2020**

**Radicado N° 23-2018-00688-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el grado jurisdiccional de consulta del demandante **HÉCTOR HUGO ARANGO LÓPEZ** contra de la sentencia proferida el 27 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 11 de marzo de 2016 al 02 de enero de 2017, relación que finalizó por decisión del demandante, declaró probada la excepción de buena fe, absolvió al demandado de las pretensiones y condenó en costas al demandante (fl. 44, 05:17 cd fl. 45).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 5 a 15).**

**HÉCTOR HUGO ARANGO LÓPEZ** solicitó declarar que entre las partes existió un contrato verbal de trabajo del 04 de febrero de 2016 al 02 de enero de 2017, con un salario de \$1.100.000, que finalizó por decisión unilateral sin justa causa del empleador, en consecuencia, condenar al pago de las cesantías e intereses a la cesantía, indemnización por despido, indemnización moratoria, indemnización

de perjuicios, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que inició a laborar a favor de **CESAR AUGUSTO PINEDA ESPITIA** en virtud de un contrato verbal de trabajo desde el 04 de febrero de 2016 y hasta el 02 de enero de 2017, día en que el empleador finalizó sin justa causa el contrato alegando que el demandante era lento y negligente. Afirmó que recibió un salario de \$1.100.000 como contraprestación de su cargo de pizzero en el estableció de comercio Schop Express, propiedad del demandado, siendo su jornada de trabajo si tenía turno de apertura de 11:30am hasta 08:30pm, cuando realizaba turno de cierre entre semana de 2pm a 12am y cuando el turno era de cierre fin de semana de 3pm a 1am, labor que realizó de forma subordinada siguiendo las ordenes de su empleador. Afirmó que no le pagaron las cesantías e intereses a la cesantía causados en vigencia de la relación laboral, así mismo, que por su despido sufrió de perjuicios morales y materiales.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 26 a 33).**

**CESAR AUGUSTO PINEDA ESPITIA** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 11 de marzo de 2016 al 02 de enero de 2017, que finalizó por decisión unilateral del trabajador quien no regresó luego de un periodo de vacaciones, así mismo, que su salario era de un (1) smlmv, con una jornada de 8 horas días y 48 horas semanales, recibiendo el pago de las cesantías e intereses a las cesantías. Interpuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, carencia de titulo para demandar, prescripción, buena fe del demandado y mala fe del demandante.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 44, 05:17 cd fl. 45).**

El 27 de agosto de 2019, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **CESAR AUGUSTO PINEDA ESPITIA**, y el señor **HÉCTOR HUGO ARANGO LÓPEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9’289.904, se verificó un contrato de trabajo a término indefinido, el cual tuvo una vigencia desde el 11 de marzo de 2016 al 02 de enero de 2017, vinculación que terminó por decisión del demandante.*

***SEGUNDO: ABSOLVER** al señor **CESAR AUGUSTO PINEDA ESPITIA**, de todas las pretensiones incoadas por el señor **HÉCTOR HUGO ARANGO LÓPEZ**.*

***TERCERO: DECLARAR** probada la excepción de buena fe de la parte demandada (conforme audio de sentencia).*

***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante en esta instancia. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido, de ser así, establecer la forma como término el vínculo de trabajo entre las partes y si al momento de desvinculación le pagaron las prestaciones sociales y demás acreencias reclamadas en la demanda.

Para resolver indicó que indicó que las pruebas allegadas permite inferir que el demandante prestó sus servicios para el demandando en el establecimiento de comercio de su propiedad, del 11 de marzo de 2016 al 02 de enero de 2017, como pizzero, devengando como último salario promedio mensual \$1.100.000. Frente la pretensión de pago de cesantías e intereses a la cesantía, señaló que a pesar de que el demandado no acreditó su pago, si demostró que realizó anticipos de nómina que suman \$1.000.000, cifra superior a las cesantías e intereses a la cesantía causados, por lo cual absolvió. Frente al presunto despido, indicó que las pruebas testimoniales Geraldine Rodríguez Sarmiento y Otoniel Pineda Espitia demuestran que el 02 de enero de 2017 se le realizó un llamado de atención y el demandante no volvió a su trabajo, lo que sumado a que se declaró la confesión ficta de los hechos 3, 13 y 14 de la contestación de la demanda y que la parte actora no desplegó actividad probatoria alguna a demostrar el despido le permitió absolver. Frente la indemnización moratoria indicó que no se acreditó prestación social

pendiente de pago y en cuanto los perjuicios morales y materiales, indicó que no fueron probados.

### **III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes se abstuvieron de presentar alegatos.

### **IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue totalmente adversa a las pretensiones condenatorias del **DEMANDANTE**, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin que se realice un estudio integral de la providencia.

### **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 CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **DEMANDANTE**.

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si le asiste derecho al demandante a declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 04 de febrero de 2016 al 02 de enero de 2017, el cual finalizó por despido. En caso afirmativo, determinar la procedencia o no de condenar al pago de cesantías, intereses a la cesantía, indemnización por despido, indemnización moratoria, indemnización de perjuicios morales y materiales, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto la parte demandada no aceptó como cierto ninguno de los hechos de la demanda, por tanto, todas las presuntas circunstancias fácticas son objeto de debate.

**- Acerca de la Carga de la Prueba Frente la Indemnización por Terminación Unilateral Sin Justa Causa.**

El artículo 64 del CST, determinó que el contrato de trabajo lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, razón por la cual, si el empleador termina de forma unilateral sin justa causa el contrato, deberá cancelar al trabajador la indemnización señalada en dicha norma conforme la modalidad contractual que unió a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se debate la procedencia de dicha indemnización, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa para exonerarse del pago de la misma, tal y como indicó en las sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

**CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 11 de marzo de 2016 al 02 de enero de 2017, el cual finalizó por decisión del demandante, declaró probada la excepción de buena fe, absolvió al demandado de las pretensiones y condenó en costas al demandante.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, siendo relevante considerar respecto de la existencia del contrato de trabajo que el demandante indicó que laboró como pizzero del demandado desde el 04 de febrero de 2016 al 02 de enero de 2017. Al respecto, el demandado confesó de forma expresa en su interrogatorio de parte que vinculó laboralmente al demandante desde el 11 de marzo de 2016 y 02 de enero de 2017, por tanto, solo existe controversia de si el contrato que existió entre las partes abarcó o no el periodo del 04 de febrero de 2016 al 10 de marzo de 2016.

Al respecto, el artículo 53 constitucional consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST estableció como elementos esenciales del contrato de trabajo la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio.

Por su parte, el artículo 24 CST consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo, por la cual, según la posición de la H. CSJ, le incumbe al promotor del proceso acreditar la prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, caso en el cual la parte pasiva podrá desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes del contrato de trabajo, a saber: remuneración y subordinación, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL225 de 2020, SL2610 de 2020, entre otras.

En el presente asunto, el demandante no allegó ninguna prueba de haber prestado su servicio personal a favor del demandado entre el 04 de febrero de 2016 al 10 de marzo de 2016, por cuanto no asistió a la audiencia del artículo 77 CPT y de la SS, los testigos que solicitó fueran oídos tampoco comparecieron y las pruebas documentales que aportó, en especial el certificado visible a folio 9 del expediente, no dan fe de dicha prestación, por cuanto el demandado, al momento de rendir interrogatorio, señaló que el demandante, de nacionalidad venezolana, arregló sus documentos migratorios en marzo de 2016 y que por ende desde el día once (11) de ese mes lo vinculó como su trabajador, pese lo cual emitió dicho certificado de buena fe porque el demandante lo necesitaba para buscar un arriendo donde vivir con su familia, por tanto, es posible inferir de forma razonable de los elementos probatorios antes relacionados que el contrato que existió entre las partes lo fue conforme la modalidad y por los extremos laborales declarados por el Juez de primera instancia, toda vez que no existe



prueba alguna del presunto servicio personal entre el 04 de febrero de 2016 y el 10 de marzo de 2016.

En cuanto al presunto despido del demandante, la Sala reitera que conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ le corresponde a la parte demandante acreditar el despido para efectos de acceder al pago de la indemnización por terminación unilateral sin justa causa del contrato de trabajo, tal y como señaló la Alta Corporación en las sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

En el presente asunto, el demandante no allegó ninguna prueba del despido que alega. Por su parte, los testimonios de la señora GERALDINE RODRÍGUEZ SARMIENTO, cajera del punto de servicio donde el demandante laboró, y del señor OTONIEL PINEDA ESPITIA, hermano del demandado y administrador de otro punto del establecimiento de comercio del demandado, fueron espontáneos y coincidentes en indicar que el 02 de enero de 2017 el demandante estuvo alterado y por ello se le solicitó que se retirara y volviera a trabajar al día siguiente, no obstante lo cual nunca volvió a su puesto de trabajo y solo se presentó días después a reclamar el pago de la liquidación final del contrato, lo que sumado a los efectos de la confesión ficta que declaró el Juez de primera instancia como sanción por la inasistencia justificada del demandante a su interrogatorio, por el cual dio confesos los hechos 3, 13 y 14 de la contestación de la demanda, conlleva a concluir que al no acreditar ningún despido, la relación finalizó por la decisión del trabajador de no volver, por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia en dicho sentido y se absolverá de la pretensión de pago de la indemnización del artículo 64 CST.

Respecto de la existencia de presuntos saldos pendientes de pago por cesantías e intereses a la cesantía, se tiene que el demandante redactó dicha omisión como una negación indefinida en los hechos 9 y 10 de la demanda (fl. 5), por tanto, conforme el artículo 167 CGP aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 165 CPT y de la

SS tales negaciones no requerían de prueba y debían ser desvirtuadas por la parte demandada.

El demandado **CESAR AUGUSTO PINEDA ESPITIA** no aportó prueba documental del pago de las cesantías y sus intereses, sin embargo, la señora GERALDINE RODRÍGUEZ SARMIENTO, cajera del punto de servicio donde el demandante laboró, indicó en su testimonio que pagó la liquidación final del contrato al demandante conforme la instrucciones que dejó el empleador, indicando que en la misma se hicieron las deducciones por concepto de préstamos que solicitó el demandante sobre nómina; por su parte, el señor JULIÁN DAVID PINEDA MILLAN, hijo del demandado, indicó que le constó que en efecto su padre dejó una hoja con el valor de la liquidación que debía pagarse al demandante, a fin de que si llegaba a reclamar dicho pago y no estaba el empleador fuera realizado por su hijo o por la cajera, último caso que en efecto ocurrió y que permite inferir que al demandante se le canceló la liquidación final de prestaciones.

Adicional a lo anterior, de la revisión de los desprendibles de pago que allegó el demandante (fl. 10 y 11) y los aportados por el demandado (fl. 34), se puede apreciar que al trabajador se le realizaron préstamos sobre nómina, respecto de los cuales el señor JULIÁN DAVID PINEDA MILLAN indicó en su testimonio que en diciembre de 2016 entregó al demandante \$790.000 por concepto de adelanto de nómina en virtud de la autorización que dio su padre, circunstancia que confirmó el demandado en su interrogatorio, quien además indicó que pago \$310.000 como indemnización final previo deducir las sumas que prestó al demandante, lo que permite inferir razonablemente, tal y como lo hizo el Juez de primera instancia, que el demandante recibió como pago de su liquidación la suma de \$1.000.000 del cual se dedujo el monto del préstamo de \$790.000, razón por la cual se concluye que si recibió el pago de cesantías y sus intereses, solo que del monto total el empleador dedujo el valor del préstamo, lo cual descarta las condenas al pago de dichas prestaciones y de la indemnización moratoria reclamadas.

Finalmente, respecto de la pretensión de indemnización de los presunto perjuicios morales y patrimonial derivados del despido, de entrada anuncia esta Sala que absolverá de dicha pretensión, por cuanto se reitera no se acreditó ningún despido.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0107-2020**

**Radicado N° 26 2018 00462 01**

Bogotá treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes, y la consulta a favor de la demandada, contra la sentencia dictada el 21 de agosto de 2019, en el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a la UGPP a reconocer y pagar una pensión restringida de jubilación.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**MILCIADES GUTIERREZ GUTIERREZ** presentó demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, con el fin de que se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 17 de marzo de 2018, debidamente indexada en 14 mesadas anuales, las costas y agencias en derecho.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 17 de marzo de 1958, laboró para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO del 20 de febrero de 1977 al 14 de diciembre de 1992 mediante contrato de trabajo, que terminó por mutuo acuerdo, y devengó como último salario la suma de \$383.199. Finalmente aduce que solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión restringida pero dicha petición fue resuelta de manera desfavorable.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**La UGPP** se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los hechos relacionados con la edad y petición presentada por el demandante; frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de falta de competencia funcional para reconocer la prestación demandada, prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales (fls. 37 a 41).

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

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de agosto de 2019, condenó a la entidad demandada al pago de la pensión restringida de jubilación a partir del 17 de marzo de 2018. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** *CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a reconocer y pagar al señor MILCIADES GUTIERREZ GUTIERREZ identificado con CC. N° 4.932.340 la pensión restringida de jubilación a partir del 17 de marzo de 2018 en cuantía inicial de \$1.091.189, correspondiendo a la demandada pagar solo el mayor valor entre la pensión aquí reconocida y la que le reconozca el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el demandante, junto con dos mesadas adicionales y los reajustes de ley.* **SEGUNDO:** *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la*

*demanda. **TERCERO:** CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP a pagar a favor del demandante el retroactivo que al mes de agosto de 2019 asciende al valor de \$20.428.224, autorizándose a la entidad demandada a realizar los respectivos descuentos en salud que ascienden a la suma de \$2.553.528 quedando un retroactivo neto de la suma de \$17.874.696 con un valor de la mesada pensional para el año 2019 que asciende a la suma de \$1.125.889. **CUARTO:** ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones contenidas en la demanda. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la demandada. Fijense como agencias en derecho la suma de \$2.000.000”*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante cumple con los requisitos previstos en la norma aplicable a su situación para el reconocimiento de la pensión que reclama. Para resolverlo indicó que se acreditó que el actor laboró al servicio de la Caja Agraria por más de 15 años, lo que le otorga el derecho a la pensión a partir del 17 de marzo de 2018, fecha en que cumplió la edad.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto no se tuvieron en cuenta la totalidad de los factores devengados para la liquidación de la primera mesada, dice que de acuerdo a lo definido por la Corte Suprema de Justicia, en decisión que para el efecto cita, es procedente incluir la totalidad de los factores salariales para liquidar la mesada pensional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Interpongo recurso de apelación su señoría, frente a la liquidación e indexación del valor del salario base para la liquidación de la mesada pensional, esto para que sea el honorable TSB quien decida sobre esta controversia teniendo en cuenta lo siguiente. Frente a la liquidación de la primera mesada esta deberá reconocerse, pues con todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, tal como lo certificó el Ministerio de Agricultura en la certificación en la cual se tomarían todos los factores, los cuales daban un valor \$383.199, porque ese valor, ha de tenerse en cuenta que la honorable CSJ en sala de casación laboral ha establecido bajo el entendido de que debe aplicarse el principio de inescendibilidad de la norma y por lo tanto no debería aplicarse una norma diferente a la cual ya se está aplicando, la Ley 171 en su artículo 8°, esto se puede explicar en la sentencia de radicación 60193 del 21 de mayo de 2014, por lo cual debe ser así como la misma Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón estableció ese valor de la primera mesada para los mismos efectos pido que se aplique a la persona que represento el día de hoy, por lo cual dentro de la operación aritmética nos daría como la primera mesada después de los factores aritméticos,

Por su parte la apoderada de la parte **DEMANDADA** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la edad es un requisito de causación y no de exigibilidad de la pensión. Que el demandante al cumplir la edad con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, no tiene derecho a la pensión bajo los parámetros del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, pues la Ley 100 de 1993 no contempla pensiones por retiro voluntario. Pide además que se revoque la condena en costas, pues la entidad no incurrió en conductas dilatorias ni actuó de mala fe.<sup>2</sup>.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, con fundamento en que el demandante no causó el derecho a la pensión convencional que reclama antes del 31 de julio de 2010, fecha límite para el reconocimiento de este tipo de pensiones, según el acto legislativo 01 de 2005.

Por su parte la apoderada de la parte demandante, concreta sus alegatos en solicitar que se confirme en su totalidad la sentencia de primera instancia.

---

sería la mesada de \$2.270.683,44, por ende se solicita que sea revisado por el Tribunal para que pueda resolverse esta controversia, ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior por lo único que se va presentar el presente recurso para que sea liquidada de manera diferente la primera mesada y sea indexada aplicando los factores salariales que corresponden a la mesada inicial, de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación, su señoría muchas gracias”

<sup>2</sup> “Señora Juez de la manera más cordial presento mi apelación contra la sentencia que acaba usted de proferir y es que teniendo en cuenta los parámetros de la entidad que para ésta es claro que el demandante no cumple con los requisitos que la ley exige para el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación que contempla el artículo 8° de la Ley 171 de 1971 ya que esta tuvo vigencia hasta el 31 de marzo de 1994, fecha a partir de la cual comenzó a regir el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, disposición que no contempla las pensiones por retiro voluntario sino por despido sin justa causa, después de 15 años de servicio, en consecuencia el demandante al 1° de abril de 1994 no había cumplido las condiciones de edad, es decir no tenía los 60 años y no demostró además que el despido fuera sin justa causa, así las cosas para la entidad el demandante no tiene derecho a que se le reconozca la pensión restringida, igualmente apelo las costas ya que no se encuentran probadas actuaciones dilatorias de temeridad o de mala fe por parte de la entidad, esto de acuerdo con el artículo 365 del CGP, muchas gracias señora Juez”

## **V. 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 CPT y SS, procede a resolver los aspectos planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de la entidad demandada.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961. De accederse a esta pretensión, revisar la cuantía de la misma.

## **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 17 de marzo de 1958 (fl. 19); **ii)** que laboró al servicio de la extinta CAJA AGRARIA desde el 20 de febrero de 1977 hasta el 14 de diciembre de 1992 (fl. 20); **iii)** y que el 22 de diciembre de 1992, el demandante y su empleador, celebraron audiencia de conciliación mediante la cual decidieron terminar el vínculo laboral por mutuo acuerdo a partir del 15 de diciembre de 1992 (fl. 22).

### **- De la pensión restringida de jubilación**

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, establece tres hipótesis para acceder al derecho: la primera, para el trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa después de haber laborado para la misma durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, si para entonces cuenta con sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido; el segundo, cuando el retiro se



produce por el despido después de quince (15) años de servicios, la pensión se paga cuando el trabajador alcance cincuenta (50) años de edad o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido; y finalmente, cuando después del mismo tiempo –quince (15) años- el trabajador se retira voluntariamente, la pensión se inicia a pagar cuando cumpla sesenta (60) años de edad, hipótesis esta que coincide con el supuesto fáctico del demandante, en consideración a que como se indicó, laboró durante 15 años, 9 meses y 24 días con el empleador oficial y acreditó 60 años de edad el 17 de marzo de 2018.

Sobre la vigencia de esta norma, es preciso mencionar que la Sala Laboral de la CSJ, ha explicado de manera reiterada que, en tratándose de la pensión sanción, el requisito de la edad no constituye un elemento de causación sino de exigibilidad, luego, en el presente caso, el derecho surgió a partir del momento en que el actor se retiró en forma voluntaria del servicio, esto es el **14 de diciembre de 1992**, de manera que se generó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; y en consecuencia, no resultó afectado el derecho con lo dispuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Con relación a los factores salariales ha de precisarse que corresponden a los previstos en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, es decir; la 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, conforme lo ha indicado la Sala de Casación Laboral en las sentencias con radicación 38.885 del 10 de agosto de 2010; SL12962-2017 y SL2155-2018.

Por lo anterior, de la certificación de factores salariales devengados por el demandante en el último año de servicios (folio

20), sólo se tendrá en cuenta el salario básico en cuantía de \$144.103 y por prima de antigüedad la suma de \$37.467; se obtiene entonces, como salario promedio mensual la suma de \$181.570 y una tasa de remplazo según el tiempo de servicios ya indicado, corresponde a 59.31%, guarismo inferior al que definió la juez de instancia y que será tenido en cuenta en razón al grado jurisdiccional de consulta que se conoce en favor de la demandada. Al actualizar el salario promedio del demandante conforme lo dispone la Ley 33 de 1985, (SL1349-2019<sup>3</sup>), esto es, el sueldo básico más la prima de antigüedad, se obtiene como valor inicial indexado de la mesada inicial para el año 2018, la suma de \$1.075.729, por lo que procede modificar en este aspecto lo decidido por la primera instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se conoce en favor de la demandada.

Realizadas las operaciones de rigor se obtiene:

Salario a actualizar: \$181.570

Ipc vigente diciembre de 2017: 138.85

Ipc vigente diciembre de 1991: 13.90

$138.85/13.90 = 9.98 * 181.570 = 1.813.740$

$1.812.068 * 59.31\% = 1.075.729$

Valor de la mesada pensional para los años subsiguientes:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2018	\$ 1.075.729	3,18
2019	\$ 1.109.937	3,80

---

<sup>3</sup> Así lo tiene adoctrinado la Corte, entre otras, en la Sentencia CSJ SL 38885, 10 ago. 2010, reiterada en providencia CSJ SL13192-2015, en la que se dijo lo siguiente: Siendo ello así, es evidente que incurrió en el cuarto error que se le enrostra, pues de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 8° la Ley 171 de 1961 y el numeral 4° del Decreto 1848 de 1969, en atención a que la pensión restringida de jubilación reconocida al demandante se causó el 15 de noviembre de 1991, ésta (sic) debe liquidarse con relación a la que le habría correspondido en el evento de reunir los requisitos exigidos para gozar de la pensión plena, que para ese momento es la consagrada en la Ley 33 de 1985, la cual dispone en su artículo 1°, que el salario a tener en cuenta es el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, siendo los factores que lo integran los que se indican en el artículo 3° ibídem, modificado por el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, esto es, la 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.

| 2020 | \$ 1.152.115 | \_\_\_\_\_ |

Precisa la Sala, que tal como lo definió la Juez de primera instancia la pensión debe pagarse en 14 mesadas anuales, pues como se dijo anteriormente ésta se causó antes de la vigencia del Acto legislativo 1 de 2005.

Ahora bien, frente al descuento de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, que ordenó la juez de primera instancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2445 de 2019, definió que éste es procedente en la medida que las entidades pagadoras de pensiones tienen la obligación de descontar y transferir a la entidad prestadora de Salud a la que se encuentre afiliado el pensionado el valor de la cotización, por mandato del artículo 42 inc. 3° del Decreto 692 de 1994, y que quien debe asumir la carga de pagar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud es el pensionado, por disposición del artículo 143 de la Ley 100 de 1993. En este orden de ideas, procede el descuento de los aportes a salud del retroactivo pensional causado por el demandante y de las mesadas subsiguientes.

Como la Juez de primera instancia definió en concreto el valor del retroactivo hasta agosto de 2019, sin tener en cuenta que este valor debe tasarlo la entidad una vez realice el pago total de las mesadas adeudadas, y dado que el valor de la mesada aquí definido es inferior al liquidado en primera instancia, para mejor proveer se revocará el numeral primero y tercero de la sentencia y se dictaran las condenas como corresponde.

- **De la compartibilidad de la pensión restringida de jubilación con la pensión de vejez**

Se precisa que, la pensión restringida de jubilación reconocida al aquí demandante es compartible con la pensión de vejez que llegare a reconocer COLPENSIONES en su momento, en este caso estará a cargo de la demandada UGPP, únicamente el mayor valor

existente entre estas prestaciones, en caso de que exista este mayor valor.

Finalmente, frente a la condena en costas que la demandada solicita que se revoque, basta remitirse al contenido del artículo 365 del CGP que en su numeral 1° dispone la procedencia de este estipendio en contra de la parte que resulta vencida en el proceso, y no condiciona la causación de éstas al actuar diligente o de buena fe de las partes dentro del proceso, por ello se confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia.

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 y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales PRIMERO y TERCERO de la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la entidad demandada UGPP a reconocer y pagar en favor del demandante MILCIADES GUTIERREZ GUTIERREZ una pensión restringida de jubilación a partir del 17 de marzo de 2018, en cuantía inicial de \$1.075.729, junto con el retroactivo pensional causado a partir de esta fecha, el valor de la mesada actualizado al año 2020 equivale a \$1.152.115. Esta prestación debe pagarse en 14 mesadas anuales y tiene el carácter de compartida con una eventual pensión de vejez que llegare a reconocer COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en esta providencia.

**SEGUNDO: AUTORIZAR** a la demandada descontar del valor del retroactivo pensional causado por el demandante y de las mesadas pensionales que se sigan causando, la suma correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en

Salud, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

**NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0108-2020**

**Radicado N° 27 2018 00237 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**RUBBY ROSSI AYURE BELLO**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en el último año de servicios, incluyendo todos los factores constitutivos de salario, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que prestó servicios al Departamento de Cundinamarca desde el 4 de febrero de 1982 hasta el 7 de mayo de 1985, del 31 de mayo de 1985 al 30 de junio de 1992 y del 21 de junio de 1994 al 1° de octubre de 1995, que con realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones entre el 27 de julio 1994 y el 31 de enero de 2011, cotizando a dicha entidad un total de 895 semanas, que durante el último año de servicios devengó \$4.350.738 y sobre este valor se realizaron las cotizaciones al ISS, que mediante Resolución N° 01758 del 24 de enero de 2012 el ISS hoy Colpensiones le reconoció una pensión de acuerdo a lo definido en la Ley 33 de 1985 por aplicación del régimen de transición, que presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra dicho acto administrativo para que su pensión fuera liquidada con el promedio de lo cotizado en el último año de servicios, que la entidad resolvió el recurso mediante Resolución GNR 1447593 de 2013 donde reliquidó la pensión de acuerdo a lo previsto en la Ley 71 de 1988, y para el efecto la entidad tuvo en cuenta el IBL de los 10 últimos años. Informa que mediante Resolución VPB 37419 del 24 de abril de 2015 Colpensiones resolvió el recurso de apelación y modificó las resoluciones anteriores para definir una mesada pensional de \$2.174.183 a partir del 3 febrero de 2011, que el 8 de agosto de 2016 solicitó nuevamente la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el promedio de lo cotizado en el último año de servicios y esta petición fue resuelta de manera desfavorable mediante Resoluciones GNR 271767 del 14 de septiembre de 2016 y VPB 2636 del 23 de enero de 2017.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y aceptó los hechos de la demanda. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 155 a 167).

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

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de agosto de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** *NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por la señora RUBBY ROSSI AYURE BELLO y ABSOLVER de las mismas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **SEGUNDO:** DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, formuladas por Colpensiones, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** CONDENAR en costas a la demandante. Tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$800.000”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año de servicios. Para resolverlo indicó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó la aplicación de normas anteriores únicamente frente a la edad, número de semanas y monto de la prestación, sin incluir lo atinente al IBL.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que debe darse aplicación al principio de favorabilidad y ordenar la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el promedio de las cotizaciones realizadas en el último año. Dice que la Ley 71 de 1988 estableció su propia forma de liquidar pensiones reconocidas bajo esta norma a través del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, y es ésta la que debe tenerse en cuenta para liquidar pensiones como la de la demandante en virtud del principio de inescindibilidad de las normas, criterio que fue aceptado por el Consejo de Estado cuando declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 que derogó el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, en cuanto considera esa Corporación que dicha derogatoria generó un vacío jurídico y aunque la ley 71 de 1988 se sigue aplicando



por el régimen de transición, la norma que regulaba su forma de liquidación había sido excluida del ordenamiento jurídico y por ello se aplicaba el inciso 3° del artículo 36 de la ley 100 de 1993, no obstante plantea la recurrente que por la nulidad decretada por el Consejo de Estado dicho Decreto se encuentra vigente y por ello es procedente liquidar la pensión de la forma que pide en la demanda<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “Presento recurso de apelación con base en las siguientes consideraciones. Los operadores judiciales lo que deben hacer es realizar la interpretación más favorable de la norma cuando exista precisamente cabida a esa interpretación, en este caso precisamente la interpretación que se hace del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 referente a las condiciones para acceder a la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición no es menos cierto que dicha normatividad estableció que se debía aplicar el tiempo, el número de semanas y el monto de la pensión de vejez de las personas del sistema que estuviera vigente al momento de que entrara en vigencia la ley 100 de 1993 y el régimen anterior al cual se encontraba afiliada, la señora Rubby Rossi Ayure era el ya reconocido por Colpensiones que es el de la Ley 71 de 1988 y por las condiciones de pensionamiento de este régimen estaban establecidas claramente en dicha ley y por la misma ley, la Ley 71 de 1988 estableció que el estado debía reglamentar la aplicación de los demás requisitos para el reconocimiento de estos derechos pensionales, es así como se expidió el decreto ya tantas veces mencionado en cuanto al artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 donde expresamente se estableció que para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes era el promedio de los salarios que sirvieron de base para las cotizaciones del último año de servicios, es conocido que dicho decreto fue derogado y con posterioridad hasta el año 2014 a través de sentencia 1101032500020110062000 el Consejo de Estado a través del Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve estableció la nulidad en lo que atañe o en lo que tiene que ver a la derogatoria del artículo 6° de Decreto 2709 de 1994, en ese orden de ideas y como se encuentra en toda la exposición de motivos de esta sentencia proferida por el Consejo de Estado, lo que se pretendía precisamente era darle validez a lo dispuesto de la forma de liquidación en cuanto la Ley 71 de 1988 la ley 100 de 1993, en su momento el Consejo de Estado lo que consideró “en relación con la no posibilidad de liquidar la pensión por aportes haciendo precaria la situación de esta prestación, el Consejo de Estado establece que efectivamente al derogar el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 que determinaba la forma de liquidar el IBL se desconoció la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993, en efecto la Ley 71 de 1988 ordenó al Gobierno Nacional la reglamentación de las condiciones para el reconocimiento y pago de la pensión por aportes, si se elimina la forma de liquidar la misma no sería posible su reconocimiento, en ese sentido no puede el ejecutivo en virtud del ejercicio de la facultad reglamentaria reducir de manera desproporcionada e irrazonable los beneficios de la normatividad pensional anterior, pues dejaría sin eficacia la finalidad del régimen de transición pensional” y con base en ese y otros argumentos el Consejo de Estado consideró que era nulo la derogatoria del artículo 6° del Decreto 2709 de 1994 y no contra finalidad sino que las personas que fueran beneficiarios del régimen de transición y que en virtud del principio de favorabilidad por medio de su último año les benefició más que el promedio de los 10 último años cotizados, pues pudieran acceder a este mejor derecho, en esta instancia lo que se solicita es que se revise precisamente en virtud del artículo 53 de la Constitución, esa condición más favorable a la que está haciendo alusión la parte demandante referente a la forma de liquidación de su pensión, por cuanto no es menos cierto que la interpretación que se le debe dar es aquella donde se incluyen dentro del monto de pensión no solamente la tasa de reemplazo sino también el IBL que en este momento pues claramente en virtud del principio de inescandibilidad la Ley 71 del 88 nos remite a sus decretos reglamentarios, esto es al decreto 2709, en este orden de ideas no se comparten los argumentos esbozados por la juez de instancia referente al precedente jurisprudencial que ha establecido la Corte Suprema de Justicia, como quiera que lo que se solicita es precisamente la aplicación del principio de favorabilidad y en este caso lo que es más beneficioso a la demandante referente a la aplicación de la normatividad vigente y no la prevalencia de la precedencia de un precedente jurisprudencial, valga la redundancia, por cuanto el precedente jurisprudencial tendría que aplicarse en caso de que la normatividad como en este caso no lo es, no estuviera vigente o estuviera en contraposición de otra norma, siendo que el mismo artículo 36 de la ley 100 de 1993 remite a la normatividad anterior no quedando disposiciones fuera de regulación, como lo establece el mismo artículo 36 por cuanto en este caso particular para los beneficiarios de la ley 71 de 1988 ya se había regulado o ya se había legislado en lo referente a las condiciones de pensionamiento, en ese orden de ideas solicito se de aplicación a lo dispuesto ya por la motivación de la sentencia del Consejo de Estado a la que se ha hecho alusión y en ese orden de ideas se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a la reliquidación solicitada, muchas gracias”

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder al Dr. ANDRES ZAHIR CARRILLO TRUJILLO, identificado con C.C. 1.082.915.789 y portador de la T.P. 267.746 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado, presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que las pensiones reconocidas en vigencia de la ley 100 de 1993 no pueden liquidarse teniendo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, pues dicha norma establece de manera clara la forma en que se integra el IBL de las pensiones.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante en sus alegatos de conclusión, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda, pues debe darse aplicación a la jurisprudencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad del artículo 24 del Decreto 1474 de 1997 que derogó el artículo 6° del Decreto 2709 de 1994, que por consiguiente dejó vigente esta norma que regula específicamente la forma de liquidar las pensiones reconocidas bajo el ampro de la Ley 71 de 1988.

#### **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente liquidar la pensión de la actora teniendo en cuenta el promedio de las cotizaciones realizadas en el último año de servicios, tal como lo disponía la Ley 71 de 1988.

## VII. CONSIDERACIONES

No fueron objeto de controversia los hechos expuestos en la demanda, pues fueron aceptados en su totalidad por la parte demandada al dar contestación de la demanda.

### - **Reliquidación del IBL.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, advierte el Tribunal que las normas que se aplican en materia pensional a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa cuya finalidad es mantener, para algunas personas, la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas.

Esto ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición normativa que le fue aplicado a la demandante por tener más de 35 años de edad en el momento en que el nuevo sistema de pensiones entró en vigencia (folio 47, Resolución GNR 14793 de 2013). En dicho régimen se mantuvieron algunas y no todas las condiciones que regulaban las normas anteriores en materia pensional, pues si bien dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o porcentaje para acceder a la pensión de jubilación de sus beneficiarios es la *“establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados”*, (para la situación de la demandante el consagrado en la Ley 71 de 1988); también advirtió claramente, que para definir el ingreso base de liquidación de la pensión, se aplicarían *“las disposiciones contenidas en la presente Ley”* es decir en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el ingreso base de liquidación de pensiones en el régimen de transición lo regula el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y éste se integra con el promedio de los “*salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...) actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)*”.

Esta forma de aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Sistema fue definida clara y reiteradamente por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde tiempo pretérito. Como referencia se cita la sentencia del 6 de julio de 2000 radicación 13336 del Magistrado Ponente Fernando Vásquez Botero. En ésta, y todas las decisiones dictadas con posterioridad, esta Corporación estableció que las pensiones reconocidas en transición de la Ley 100 de 1993 deben regularse en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y porcentaje de liquidación con las normas anteriores, pero en todo lo relacionado con ingreso base de liquidación de las mesadas, se rigen por la nueva norma, sin que se pueda entender de ello una afectación a los principios de inescindibilidad de las normas, de igualdad o de favorabilidad. Al razonamiento expuesto por la Corte en la sentencia referida nos remitimos.

Por lo dicho se confirmará la decisión de primera instancia, no sin antes precisar frente a los argumentos expuestos en el recurso por la apoderada de la demandante, que el principio de favorabilidad en materia laboral constituye un criterio de aplicación o de interpretación de normas del trabajo que se encuentren vigentes como claramente lo enseña el artículo 21 del CST. Por ello, no se puede aplicar a la pensión de la demandante una norma sobre IBL que fue derogada por la Ley 100 de 1993; tal norma, se insiste no quedó cobijada por la gracia que otorgó el legislador al disponer la transición pensional que conservó la vigencia de normas anteriores en algunos y no en todos los aspectos del tema pensional.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0086-2020**

**Radicado N° 34-2017-00107-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación de **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** contra la sentencia proferida el 03 de abril de 2019, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, condenó al empleador al pago de prestaciones sociales, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 CST, indemnización por despido del artículo 64 CST, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas al empleador (fl 204 a 205, 01:20:37 cd fl. 203).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 14 a 23).**

**WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** solicitó declarar que existió un contrato de trabajo del 11 de enero de 2014 al 13 de agosto de 2015 con **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, en consecuencia, condenar al pago del recargo nocturno, prestaciones sociales, vacaciones,

indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido e indemnización moratoria, declarar la responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** como beneficiaria del servicio y de **MARIA ISBELIA SANTISTEBAN CORREA** y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** como socios de la compañía empleadora, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico afirmó que trabajó como conductor de un vehículo de propiedad de la empresa **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, compañía que contrató **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** para el transporte de sus productos por todo el país, sin que el demandante hubiera transportado ningún producto distinto a los de BIMBO y los cuales entregó a nombre de esta, por lo cual dicha sociedad es la beneficiaria de la obra o servicio; de otra parte, señaló que la calidad de socios de **MARIA ISBELIA SANTISTEBAN CORREA** y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** los hace responsables solidarios. Indicó que los demandados intentaron encubrir su contrato de trabajo con un contrato de prestación de servicios, sin embargo, prestó su servicio de forma personal y subordinada y que se le ordenó estar disponible las 24 horas para cargar mercancía y realizar los viajes asignados, actividad que se realizó siempre de noche y conllevaba a jornadas de 12 a 16 horas, trabajando 21 horas nocturnas a la semana, sin que las demandadas le pagaran los derechos laborales que reclama considerando que su salario fue de \$1.500.000, siendo despedido cuando reclamó el pago de los mismo.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**BIMBO DE COLOMBIA S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. No aceptó ningún hecho. Indicó que no sostuvo ninguna relación con el demandante, por cuanto se limitó a celebrar un contrato de transporte con **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, actividad que no es propia del giro ordinario de sus negocios, por cual no le asiste ninguna responsabilidad en las presuntas acreencias reclamadas por el demandante contra el contratista. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho reclamado,

prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa, abuso del derecho por parte del demandante y la genérica (fl. 73 a 86).

**HDL LOGÍSTICA S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados a que el propio demandante pagó sus aportes a seguridad social. Indicó que el demandante prestó el servicio de transporte como contratista independiente, actividad que desarrolló de forma autónoma e independiente, por cuanto fijó el precio y condiciones de dicha actividad, que se efectuó de día o de noche según los requerimientos del cliente, recibiendo \$15.600.000 como honorarios dividido en 24 cuotas quincenales de \$650.000, relación que finalizó por decisión unilateral del demandante. Interpuso las excepciones de mala fe del demandante, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, buena fe de la sociedad demandada y clausula compromisoria (fl. 100 a 208).

**MARÍA ISBELIA SANTISTEBAN CORREA** y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** se opusieron a las pretensiones. Aceptaron los hechos relativos a que el demandante pagó sus aportes a seguridad social. Manifestaron que **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** es una sociedad de capital y no de personas, por tanto, solo se causa su responsabilidad solidaria como socios cuando se desestima la personalidad jurídica conforme el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, pero no se cumplen los requisitos para ello. Interpusieron las excepciones de mala fe del demandante, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, buena fe de la sociedad demandada y clausula compromisoria (fl. 139 a 147).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl 204 a 205, 01:20:37 cd fl. 203)**

El 03 de abril de 2019, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR que entre WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA y la SOCIEDAD HDL LOGÍSTICA S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 11 de enero de 2014 y el 13 de agosto de 2015, conforme a las consideraciones de la parte motiva.*



**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD HDL LOGÍSTICA S.A.S. al reconocimiento y pago de las siguientes sumas de dinero a favor del demandante WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA:

- a. Auxilio de cesantías: \$2.065.555
- b. Intereses a las cesantías: \$247.866
- c. Prima de Servicio: \$2.065.555
- d. Compensación de vacaciones \$1.032.777
- e. Indemnización moratoria del art. 90 de la Ley 50 de 1990, a partir del 14 de febrero de 2015 y hasta el 13 de agosto de 2015, en la suma de \$43.333 pesos diarios.
- f. Indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., liquidado en el valor de \$43.333 diarios a partir del día siguiente a la fecha en que terminó la relación laboral, es decir 14 de agosto de 2015 y hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de la obligación, durante los primeros 24 meses y a partir del mes 25 en adelante el valor de los intereses moratorios, según la certificación de la Superintendencia Financiera para los créditos de libre asignación.
- g. Por concepto de indemnización por despido sin justa causa, de que trata el artículo 64 del C.S.T., liquidada en la suma de \$1.805.555.

**TERCERO: ABSOLVER** a la demandada HDL LOGÍSTICA S.A.S. de las demás pretensiones formuladas, a los demandados SOCIEDAD BIMBO DE COLOMBIA S.A., MARÍA ISBELIA SANTIESTEBAN CORREA y JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda formulada por el demandante.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada SOCIEDAD HDL LOGÍSTICA S.A.S., tásense incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. (...)"

El *a quo* fijó como problema jurídico, establecer si entre las partes existió una relación laboral y si los demás demandados son solidariamente responsables en el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales, remuneración por tiempo suplementario, aportes a seguridad social, indemnización por despido sin justa causa e indemnización moratoria.

Para resolver indicó que el objeto social de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** es distinto al de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, por cuanto

la primera se dedica a la fabricación de pan y la segunda al transporte de mercancías, por lo cual no se cumplen los requisitos del artículo 34 CST; frente a **MARÍA ISBELIA SANTISTEBAN CORREA** y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** indicó que no se acreditó que la sociedad SAS hubiera sido usada para fraude o generar perjuicios a terceros, por lo cual absolvió de la responsabilidad solidaria del artículo 1 de la Ley 1258 de 2008. En cuanto a **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, señaló que se acreditó que el demandante le prestó su servicio personal entre el 11 de enero de 2014 y el 13 de agosto de 2015, lo que activó la presunción de existencia de un contrato de trabajo, la cual no desvirtuó dicha sociedad por cuanto se demostró que el demandante debía acatar ordenes en cuanto jornada laboral, lugar de suministro de mercancías, horario de trabajo, recibió dotación, fijación de rutas, destinos y entregas, regulación de descansos, cuidado y custodia del vehículo propiedad de la sociedad y que le sometió a control del personal supervisor, por tanto condenó al pago de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, negó el pago de trabajo suplementario y recargo nocturno por cuanto no se cuantificó ni especificaron las jornadas en que presuntamente se generaron, ordenó el pago de la indemnización por no consignación de cesantías e indemnización moratoria por cuanto indicó que no existe prueba de buena fe de la sociedad, quien usó al trabajador para el uso de actividades propias de su objeto social por más de un año bajo una vinculación irregular, accedió a la indemnización del artículo 64 CST por cuanto indicó que el contrato terminó por el reclamo del demandante por sus precarias condiciones laborales por falta de un ayudante para el descargo de mercancía y sin que exista prueba alguna de una justa causa. Declaró no probada la excepción de prescripción por cuanto la demanda se radicó dentro del término trienal, así mismo condenó en costas a la sociedad empleadora.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

El **DEMANDANTE** solicitó revocar parcialmente la sentencia para declarar la responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** Afirmó que el objeto social de dicha compañía incluye la distribución de sus productos, proceso que abarca desde la fabricación

del producto hasta su traslado al consumidor primario, por lo cual el transporte de productos de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** si hace parte del giro ordinario de los negocios de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.**, por ello se cumplen los requisitos para declarar su responsabilidad solidaria conforme el artículo 34 CST<sup>1</sup> (01:23:40 cd fl. 203).

**HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y absolver de las pretensiones. Afirmó que la H. CSJ ha señalado que no es suficiente para generar la subordinación laboral que el contratista reciba instrucciones o deba cumplir un horario; de otra parte, afirmó que no se valoró que la testigo que afirmó ser la cónyuge del demandante manifestó que lo acompañó en múltiples oportunidades durante su servicio y un trabajador no asiste a una compañía acompañado de sus familiares, mientras que el testigo Luís Fernando Castiblanco afirmó que prestó sus servicio con el demandante pero en sede judicial se declaró que lo prestó en un periodo distinto, deficiencias que no apreció la Juez; en todo caso, indicó que la sociedad tuvo el ultimo convencimiento de que el contrato entre las partes era comercial y actuó de forma honesta y cumplidora del mismo, además siempre presentó fórmulas de conciliación, lo cual demuestra que su intensión no fue causarle daño o perjuicio, mientras que fue el demandante quien intencionalmente demandó luego de más

---

<sup>1</sup> en este orden de ideas interpongo el recurso de apelación frente a la sentencia emitida por su Despacho únicamente en cuanto a que se sirva modificar la sentencia en el sentido de condenar la solidaridad por parte de BIMBO DE COLOMBIA que es solidariamente responsable por ser dueño de la obra o labor contratada tal y como lo expresa el artículo 34, segundo, se condene a los demandados al pago de las prestaciones sociales aludidas en esta sentencia. Sustentación del recurso, que pena, en el numeral segundo todas las prestaciones e indemnizaciones que habla esta sentencia. Sustentación del recurso la baso en que el objeto social de la empresa BIMBO obrante en la cámara de comercio de los demandados está incluida la distribución del producto, como ya lo había manifestado de que es la distribución del producto es desde el momento de la producción hasta el consumidor primario, entonces, si el elemento que se transportó fue desde la fábrica hasta los diferentes centros comerciales o diferentes almacenes donde se vende los productos de BIMBO hace parte de la distribución del producto, entonces como hace parte del objeto social que habla la Cámara de comercio entonces vemos que se desarrolló el objeto de BIMBO DE COLOMBIA que es fabricar pan pero como en la cámara de comercio está claramente especificada la distribución del producto pues eso obliga a que BIMBO DE COLOMBIA sea solidario responsable de todos los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones que se le adeuden la señor WILLIAM PULIDO HERRERA; si bien es cierto el transporte hace parte de la distribución por qué razón, porque la distribución comprende ese aspecto para que se desarrolle la distribución del producto, por tal razón ese objeto social de BIMBO está plenamente enfocado en que se comercialicen los productos de la misma, por tal razón, el artículo 34 CST pues obliga a que el dueño de la obra o labor contrata es igualmente responsable de esos salarios y prestaciones adeudados e igualmente hace parte de ese objeto social y no son cosas ajenas a la actividad de la empresa, por lo tanto, debe ser condenada la demandada BIMBO DE COLOMBIA SA a la solidaridad de que habla ese artículo 34 e igualmente se declare la responsabilidad de los salarios y prestaciones dejados de pagar al trabajador a la finalización del contrato laboral, por tal razón ruego a su despacho señores magistrados se sirva modificar en ese sentido la sentencia en el sentido de que se incluya a BIMBO al pago de dichas condenas emitidas por el fallo del juez de primera instancia. Frente al resto de la sentencia no tengo ningún reparo.

de un año de finalizada la relación para incrementar la indemnización moratoria, lo cual demuestra que la sociedad si actuó de buena fe y no puede ser condenada a pagar la indemnización moratoria y por no consignación de cesantías; por último, indicó que la única prueba del presunto despido es el interrogatorio del propio demandante, sin que la Juez valorara que los testigos que solicitó la sociedad indicaron que fue el demandante quien de forma libre y autónoma decidió no prestar más servicios, sin presentar ni siquiera por escrito su decisión, sin que exista ninguna prueba de que fuera la empresa quien le impidió continuar con su servicio o le impidió su ingreso a la compañía, por lo cual no existió un despido y no se le puede condenar por tal concepto, lo que conlleva a su absolución y que no deba pagar costas y agencias en derecho<sup>2</sup> (01:27:26 cd fl. 203).

---

<sup>2</sup> Gracias señora Juez, en este momento déjeme decir que no tengo o no comparto la parte motiva ni la resolutive de la sentencia por lo cual manifesté los reparos sobre los cuales ha de versar la apelación. En principio, en cuanto a lo que corresponde a las prestaciones sociales y la compensación por vacaciones, las mismas que valieron frente a los argumentos o exposición de la parte motiva del despacho se dan en torno a que quedó demostrada la prestación del servicio según la valoración probatoria efectuada por el Despacho, quedo demostrada la prestación del aquí demandada a la empresa HDL LOGÍSTICA, frente a lo anterior, yo traigo a colación lo que ha manifestado en reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en donde ha indicado que el solo hecho de que el contratista reciba instrucciones o tenga obligación de cumplir horario no es suficiente para conformar una subordinación laboral, pues es deber analizar todos los elementos del contrato, lo que manifestó la Corte en sentencia del 9 de mayo de 2001 expediente 15678 MP José Herrera, aunado a eso, revisando la valoración probatoria que realizó el Despacho no se tuvieron en cuenta las declaraciones testimoniales de la parte pasiva, en este caso HDL LOGÍSTICA, así mismo, no se valoró en completó el testimonio de la que fuere la compañera o esposa del aquí demandante quien manifestaba acompañarlo en muchas oportunidades a la prestación de su servicio, realizar esta actividad, pregunto yo en que momento o cuando se ha autorizado para una prestación del servicio personal valga ahí pleonasma se autoriza a un empleado de una compañía a asistir con familiares a prestar su labor, esa situación tampoco fue contemplada por parte del Despacho al momento de condenar a HDL LOGÍSTICA al pago de estas prestaciones sociales, de igual forma se tuvo base documental y se cotejó con la declaración del testimonio de LUIS FERNANDO CASTIBLANCO que como manifesté en los alegatos de conclusión tampoco se tuvo en cuenta la información o declaración del mismo al momento de rendir su testimonio y manifestando ser compañero de trabajo cuando ni siquiera su relación comercial, sea laboral o de índice civil, se encontraba dentro del mismo parámetro de tiempo del contrato del aquí demandante,. En cuanto lo que corresponde a la indemnización moratoria, vuelvo y repito lo manifestado en mis alegatos de conclusión, la indemnización moratoria obedece a su condena cuando se aplica la mala fe del demandado y en este caso había un pleno convencimiento por parte de la demandada HDL LOGÍSTICA de que su contratación estaba bien desarrollada, bien efectuada, de hecho ni siquiera llegó a incurrir en mora en los momentos de presentación de las cuentas de cobro del aquí demandante, siempre fue honesto y cumplidora del contrato que se suscribió, de igual forma, toda las veces que tuvieron diálogos y que se hizo solicitudes por parte del demandante para el pago que se dieron a través de este proceso, siempre estuvo presente y siempre quiso conciliar con él, su intención no fue causarle ningún perjuicio o agravio, se tiene en cuenta lo manifestado por el Despacho en cuanto a la demora del trámite, no podríamos hablar de que se dio una agilidad o una intención inmediata por parte del demandante en hacer la reclamación de este proceso, por cuanto si miramos la terminación de esta reclamación contractual independientemente de que exista o no prescripción, que ya lo pudimos dilucidar en las mismas consideraciones de la sentencia que para la fecha de presentación de la demanda dichas prestaciones económicas laborales no habrían prescrito, sin embargo, si podemos decir que si dejó pasar el tiempo, tiempo que no debe predicarse del tiempo que puede tenerse para la prescripción, porque si fuese el predicable para el tiempo de la prescripción no estaría establecido o sencillamente todos los procesos laborales cuando requieren de prestaciones económicas hablaríamos de una prescripción de dichos derecho, en este caso la relación laboral terminó el 13 de agosto de 2015 y solamente vemos hasta el 19 de febrero de 2017 la radicación de dicha demanda, pasado más de un año, para que se diera luz a esta solicitud, podríamos decir que el demandante si tuvo la intención de dejar pasar el tiempo para que la indemnización moratoria se inflara, no vemos intención anterior dentro del plenario por parte del demandante para querer

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** solicitó acceder a su recurso de apelación, por cuanto reiteró lo señalado en el recurso, así como el hecho de que el servicio del demandante no fue permanente y que prestó servicios a otras empresas de transportes. Por su parte, la apoderada de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia por cuanto suscribió con la sociedad **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** un contrato comercial de transporte para sus productos, sin que exista identidad en los objetos sociales de dichas compañías porque **BIMBO** se dedica a las actividades propias de elaborar productos de panadería y comercializar al por mayor productos alimenticios, más aún cuando entre dicha sociedad y el demandante existió un contrato de prestación de servicios profesionales. Agotado el término, el apoderado del **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

#### V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

---

decir tuvo reclamaciones constantes a la sociedad en donde requería el pago de dichas prestaciones laborales, por el contrario, solamente se tiene el conocimiento de la presentación de esta demanda. De igual forma, el auxilio de las cesantías, vemos que si dentro del convencimiento pleno de la relación contractual comercial suscrito entre HDL LOGÍSTICA y el aquí demandante se entendía por parte de los suscribientes de dicho contrato que su relación la atendían las normas comerciales, habida cuenta no daba lugar al pago de una consignación de unas cesantías o un auxilio de las cesantías. Frente al despido, la indemnización por despido sin justa causa, manifiesta el Despacho y tiene a consideración que dicho supuesto de hecho no fue probado en el expediente durante toda la actuación procesal, no obra documento en el expediente de que se hubiese ejecutado la terminación del contrato bajo las normas legales, frente a esto tampoco hay prueba por parte de la parte actora de que se le despidió sin justa causa, solamente se tiene en cuenta la misma declaración del demandante quien a todas luces ha de entenderse que su intención es el efectivo pago de dicha indemnización, por ende, su manifestación corresponderá por simple lógica a decir que fue despedido sin justa causa, sin embargo no se tuvieron en cuenta los testimonios aportados por HDL LOGÍSTICA, quienes manifestaron en sus declaraciones, testimonio del señor Luís y del señor Hernán Bulla, quienes informaron que fue por intención o intereses propio, directo, sin coacción por parte del demandante quien de forma autónoma decidió dar por terminada esta relación, no volviendo a prestar su servicio ni a realizar despacho para la sociedad demandada, en este caso fue el demandante quien tomó la iniciativa de dar por terminada esta relación contractual sin ni siquiera manifestarse por escrito o de forma verbal a la compañía, de ello no registra como se pudo notar por parte del Despacho ninguna prueba documental porque sencillamente el demandante nunca volvió a prestar el servicio para la compañía, si reposa el paz y salvo porque de hecho si se hubiese entendido que fue la empresa quien lo despidió sin justa causa, pues de ello existiría un soporte, una queja o cualquier documento que diera probabilidad a favor del demandante que fue despedido sin justa causa, existiría un soporte de que al demandante no se le permitió continuar prestado su servicio o ingresar a la compañía, opero de ello no registra más que la simple declaración del demandante que no tienen ningún soporte probatorio, que hubiese tenido entonces que hacer la compañía para obligar al demandante a presentarse a laborar si él no quiso volver, de eso están las pruebas testimoniales de HDL LOGÍSTICA y que da soporte el paz y salvo que el mismo señor de forma voluntaria firmó, de lleno teniendo que se objetan para la apelación todas las condenas impuestas a mi prohibida, pues de sustento traería también y daría lugar a las agencias en derecho, en ese sentido tiene las inconformidades sobre la apelación y conforme a ello estas debidamente sustentadas ante el superior, por lo cual solicito al despacho darle adecuado tramite al recurso de apelación.

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato que existió entre **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** y en caso de que el mismo hubiera sido laboral, establecer la procedencia o no de acceder a la condena al pago de acreencias e indemnizaciones laborales y de la presunta responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** como beneficiario de la obra o servicio, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* entre **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** se suscribió un contrato de prestación de servicios vigente entre el 11 de enero de 2014 y el 13 de agosto de 2015 (fl. 13, 109 a 111), desempeñándose el demandante como conductor; *ii)* entre **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** y **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** se suscribió un contrato para el suministro de servicios de transporte, en virtud de la cual la primera en su calidad de transportador se comprometió a conducir los productos fabricados y comercializados por **BIMBO** desde la planta ubicada en el municipio de Tunjo hasta las plantas y centros de distribución, desde las mismas a la planta de Tenjo o entre plantas y centros de distribución (fl. 87 a 93).

- **Acerca del Principio de Primacía de la Realidad Sobre las Formas Jurídicas y el Contrato Realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 CST, señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una

persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

En cuanto el aspecto probatorio, el artículo 24 CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber: remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, entre otras.

Advierte la Sala que no son pocos los conflictos en los cuales se controvierte la naturaleza de un contrato o relación para que se declare que su real naturaleza es laboral, en especial respecto de los contratos de prestación de servicios personales. Sobre el tema, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha señalado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de manera autónoma e independiente, sin que la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, impliquen necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador,

conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019 y SL4143 de 2019.

**- Acerca de la Carga de la Prueba Frente la Indemnización por Terminación Unilateral Sin Justa Causa.**

El artículo 64 del CST, determinó que el contrato de trabajo lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, razón por la cual, si el empleador termina de forma unilateral sin justa causa el contrato, deberá cancelar al trabajador la indemnización señalada en dicha norma conforme la modalidad contractual que unió a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se debate la procedencia de dicha indemnización, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa para exonerarse del pago de la misma, tal y como indicó en las sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

**- Acerca de la Responsabilidad Solidaria Entre Contratista y Contratante Conforme el Artículo 34 CST**

El artículo 34 del CST, determinó que son contratistas independientes, y por tanto verdaderos empleadores, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

El precitado artículo determinó que cuando el contratante sea beneficiario del trabajo o dueño de la obra, salvo que la labor de los trabajadores del contratista sea extraña a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores.



Para la configuración de la solidaridad, la H. CST en la sentencia SL Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, determinó que para su surgimiento no basta que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, sino que aquella labor debe representar una función normalmente desarrollada por este y vinculada directamente con la normal explotación de su objeto económico, esto es, que sea del giro ordinario de sus negocios. Por su parte en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, se indicó que no solo ha de considerarse el objeto social del contratista y el beneficiario sino también las características de la actividad desarrollada por el trabajador, por cuanto si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra se desvirtúa esta forma de responsabilidad solidaria, tal y como fue reiterado en sentencia SL2262-2018.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, condenó al empleador al pago de prestaciones sociales, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 CST, indemnización por despido del artículo 64 CST, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas al empleador.

El **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial, a fin de declarar la responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** en el pago de las condenas impuestas a **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, por cuanto indicó que se cumplen los requisitos del artículo 34 CST por cuanto la actividad de distribución de **BIMBO** abarca el transporte de productos que realizó el demandante como conductor.

Por su parte, **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** presentó recurso de apelación y solicitó ser absuelta de todas las condenas, por cuanto afirmó que la existencia de instrucciones y horario de un contratista no implica subordinación laboral, no se valoraron las inconsistencias

de los testimonios que solicitó la parte demandante, no existió mala fe de la sociedad por cuanto actuó bajo el profundo convencimiento de la existencia de una relación laboral y no se acreditó un despido. Posteriormente, en los alegatos de segunda instancia indicó que el servicio del demandante no fue permanente y ello le permitió prestar servicios a otras transportadoras.

Pasa la Sala a resolver los recursos de apelación, indicando que no se tendrán en cuenta los novedosos argumentos incluidos en los alegatos de segunda instancia de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, por cuanto la competencia de esta Sala esta delimitada por el recurso de apelación y su sustentación en audiencia, en virtud del artículo 66A CPT y de la SS, por lo cual no puede válidamente considerar argumentos que fueron incorporados luego de presentado el recurso.

El principio de primacía de la realidad sobre las formas del derecho laboral implica que si se reúnen los tres elementos esenciales del contrato de trabajo el mismo exista independientemente del nombre que se le asignó, así mismo, la presunción de existencia del contrato de trabajo del artículo 24 CST, se activa cuando se demuestra la prestación personal del servicio, pero puede ser desvirtuada si la contraparte demuestra que no existió subordinación laboral al haber actuado el presunto trabajador de forma autónoma e independiente, sin que las medidas de coordinación e instrucciones impliquen necesariamente subordinación laboral si no desbordan la autonomía e independencia de quien alega ser trabajador.

En el presente asunto, el demandante **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA** y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** suscribieron el 11 de enero de 2014, un contrato de prestación de servicios personales, por el cual el primero se comprometió a prestar el servicio de conductor independiente (fl. 109 a 111), de otra parte, la precitada sociedad expidió certificado por el cual indicó que el demandante prestó su servicio entre el 11 de enero de 2014 y el 13 de agosto de 2015 (fl. 13). Las anteriores pruebas acreditan la prestación personal del servicio del demandante como conductor al servicio de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, lo

que le permite beneficiarse de la presunción de existencia del contrato de trabajo conforme el artículo 24 CST, debiendo la sociedad desvirtuar tal presunción demostrando que no se configuraron los restantes elementos esenciales del contrato de trabajo, por cuanto de no hacerlo procede declarar al existencia de un contrato de trabajo, conforme reafirmó la CSJ en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, entre otras.

Se encuentra plenamente acreditado que el demandante y **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** suscribieron un contrato de prestación de servicios, vigente entre el 11 de enero de 2014 y el 13 de agosto de 2015 (fl. 13, 109 a 111). En dicho instrumento se indicó que el demandante prestaría el servicio de conductor independiente en los sitios y vehículos establecidos por el contratante, quien además suministraría los equipos herramientas y bienes requeridos para ejecutar la actividad por cuenta y riesgo del contratista; del mismo modo, se estableció que el contratista se obliga a atender las sugerencias y recomendaciones que imparta el contratante, cumplir los reglamentos y normas de disciplina establecidas por el contratante, a la vez que se acordó que las partes no podrían ceder los derechos derivados del contrato ni subcontratar la ejecución del mismo son autorización expresa de la otra parte.

Conforme el precitado contrato, observa esta Sala que en el mismo se le impuso al contratista el deber de cumplir las sugerencias, recomendaciones, reglamentos y normas de disciplina del contratante, aspectos que resultan contrarios al grado de independencia y autonomía propio de un contratista, sin permitirle sin autorización subcontratar la realización del mismo y además las herramientas necesarias para desarrollar su servicio fueron suministradas por el contratante al ser de propiedad de éste, circunstancias que confirmó el Sr. LUÍS ÁNGEL BULLA LUQUE, coordinador de la sociedad contratante, quien en su testimonio indicó que el vehículo que condujo el demandante era propiedad de la compañía y que era él quien llamaba a los conductores y les indicaba el destino del viaje y les entregaba los documentos para el viaje (14:20 cd fl. 200).

Así mismo, tanto el Sr. LUÍS ÁNGEL BULLA LUQUE y HERNÁN DARÍO BULLA SANTISTEBAN manifestaron en sus testimonios que era la empresa la que determinaba los despachos, lo que permite inferir que el demandante no era autónomo para buscar viajes, lo cual desvirtúa aún más la existencia de una relación comercial autónoma de prestación de servicios.

En cuanto los reproches que presentó la apoderada de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** a los testimonios de la parte demandante, advierte esta Sala que la Sra. LEIDY JANETH DUARTE indicó en su testimonio que *no* acompañó al demandante en sus viajes y que él se limitó a contarle su situación (01:35:32 cd fl. 175), por lo cual no es cierta la afirmación de la apoderada de que la testigo afirmó que acompañó en muchas ocasiones al demandante. Frente a LUÍS FERNANDO CASTIBLANCO, en efecto se advierte que en sede judicial se declaró que laboró para **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** del 1° de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2016 (fl. 152vto), conforme la prueba documental que aportó el propio apoderado del demandante, lo cual le resta credibilidad a su dicho por cuanto no coincidió con el periodo en que el demandante prestó su servicio, sin embargo, ello no basta para desvirtuar la presunción de existencia de un contrato de trabajo, máxime cuando contrario a lo que manifestó la apoderada de la compañía el servicio del demandante si fue recurrente, al punto que el Sr. HERNÁN DARÍO BULLA SANTISTEBAN, en su calidad de jefe de operación de la demandada, indicó que el reporte visible a folio 196 a 199 de expediente no incluye todos los viajes del demandante porque no contiene los servicios a Bogotá (01:08:18 cd fl. 200).

Conforme los anteriores medios probatorios, la Sala confirmará la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, sin embargo, revocará la decisión de declarar que éste finalizó por despido, por cuanto le asiste razón a **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** en cuanto que no existe ninguna prueba de su ocurrencia, lo cual impide establecer que fue el empleador quien finalizó la relación, más aún cuando ninguno de los testimonios practicados a favor de las partes permite inferir que ello ocurrió, por tanto, no se puede declarar la existencia del despido a partir del propio interrogatorio del demandante, so pena de permitirle

fabricar su propia prueba, por lo cual el trabajador no cumplió con la carga de la prueba de acreditar el despido, la cual le corresponde conforme indicó la H. CSJ en las sentencias SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

Respecto de la apelación frente la mala fe de la demandada, se observa que desde la suscripción del contrato de prestación de servicios observa se establecieron condiciones contrarias a la independencia y autonomía propios de un contratista, sin que se aportara prueba alguna de la presunta posibilidad del demandante de prestar su servicio como conductor a otras compañías de transporte, por cuanto la documental aportada a folios 113 a 114 no da fe de su servicio efectivo a favor de COOPMULDECOL, a lo sumo de su afiliación, así mismo, los propios testigos de la demandada manifestaron que era la compañía quien fijó el destino y carga de los viajes que realizó el demandante, sin que exista prueba alguna de la presunta facultad del contratista de negarse a realizar los mismos, ni tampoco allegó prueba de actos positivos que permitan inferir el profundo convencimiento de la compañía de que el actor era su contratista, como por ejemplo las exigencias del cumplimiento del sistema de seguridad y salud en el trabajo en cuanto le incumbe al contratante conforme el Decreto 1072 de 2015, motivo por el cual no se acredita la buena fe alegada por la apelante, por ello se confirmarán las condenas al pago de las indemnizaciones por no consignación de las cesantías y moratoria.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** sobre la presunta responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** Conforme los antecedentes normativos expuestos, la solidaridad entre el contratista y el contratante beneficiario de la obra del artículo 34 CST por salarios, prestaciones e indemnizaciones, exige que la actividad desarrollada por el trabajador del contratista sea una función normalmente desarrollada por el contratante a hacer parte de la normal explotación de su objeto económico y giro ordinario de sus negocios, por tanto, si se trata de actividades ajenas a las que explota el dueño de la obra o el beneficiario de la obra se descarta la responsabilidad solidaria, conforme reafirmó la H. CSJ en las

sentencias SL Rad 38.651 del 5 de febrero de 2014, SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, SL2262-2018, entre otras.

En el presente asunto, el objeto social de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** abarca la explotación de la industria de alimentos en general, en especial de los de consumo humano, así como la venta, distribución, importación, exportación y comercialización de los mismos y de las materias primas para su elaboración, producidos por la compañía o por terceros, la fabricación de empaques y de materias primas para su fabricación y la inversión de recursos para explotar cualquier actividad lícita, aunque no este relacionada directamente con la producción de alimentos y su comercialización (fl. 47 a 52). Por su parte, el objeto social de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** cobija cualquier actividad comercial lícita, en especial el transporte automotor de carga en vehículos de su propiedad o de terceros y la compraventa de vehículos (fl. 3 a 5). Así mismo, la actividad del demandante, conforme los elementos de prueba allegados al proceso, era el transporte de mercancía a nivel nacional, a saber, productos **BIMBO**.

De lo anterior se puede concluir que el desarrollo social y giro ordinario de los negocios de **BIMBO** incluye la distribución de alimentos o de las materias primas para su elaboración, motivo por el cual si bien su objeto social no incluye el transporte de mercancías en general, en el presente caso se observa que el demandante prestó su servicio como conductor para trasladar de forma *exclusiva* los productos de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** hacia los puntos que dicha sociedad solicitaba a **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** que fueran transportados, por lo que su labor lo era para cumplir el giro ordinario de los negocios de la compañía en punto a la distribución de sus productos alimenticios.

Así lo manifestó el Sr. LUIS ÁNGEL BULLA LUQUE, quien en su calidad de coordinador de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** señaló que el demandante solo transportó mercancías de **BIMBO**, mientras que los señores OSBALDO LUQUE GÓMEZ e IVÁN DANIEL MANRIQUE BARAJAS, en su calidad de administrativo de transporte y coordinador

logístico de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.**, indicaron que la compañía solicita el servicio de los vehículos de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** estableciendo el horario de cargue y destino del viaje a sus 23 centros de venta, al punto que señalaron que dicha panificadora tiene su propia flota mediante renting y otra flota tercerizada (43:20, 46:33 y 54:10 cd fl. 200), lo cual explica por ejemplo la existencia de un cargo dentro de **BIMBO** designado como administrativo de transporte.

Así las cosas, se cumplen los presupuestos para declarar la responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** en el pago de las condenas impuestas en primera instancia a **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, en su calidad de beneficiarios del servicio conforme el artículo 34 CST.

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el literal g) del numeral segundo de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el literal h) al numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la responsabilidad solidaria de **BIMBO DE COLOMBIA S.A.** en el reconocimiento y pago de las condenas a cargo de **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** y a favor del demandante **WILLIAM GUILLERMO PULIDO HERRERA**, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO:** los demás apartes de la sentencia de primera instancia se mantienen incólumes.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY**

Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Magistrado.





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-00085-2020**

**Radicado N° 36 2017 00335 01**

Bogotá treinta (30) de septimebre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra la sentencia proferida el 8 de mayo de 2019 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**JOSE GABINO RUEDA MEDINA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de LICORES DE COLOMBIA LTDA, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1° de diciembre de 1973 y el 21 de febrero de 2017 y que éste finalizó por causa imputable al empleador. En consecuencia, pide que se condene al pago de la indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, indexación, pago de salarios ilegalmente deducidos o retenidos, reliquidación de cesantías e intereses de las mismas, sanción por retención indebida de salarios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que prestó servicios personales, subordinados y remunerados a favor de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 1° de diciembre de 1973 y el 21 de febrero de 2017, que dio por terminado el contrato con la demandada por la causal establecida en el numeral 5° del literal b) de los artículos 62 y 63 del CST, que el último cargo desempeñado fue el de vendedor y su último salario correspondía a \$1.700.000. Aduce que durante su vida laboral presentó resultados óptimos y sin novedades, que la demandada decidió sistematizar la labor que desarrollaba, que como era totalmente nueva esta modalidad de trabajo sistematizado, esto le generó problemas en el cuadro y demás actividades de su puesto de trabajo, pues el sistema arrojaba inconsistencias que debía pagar de su salario, dice que informó en diversas ocasiones de manera verbal sobre las inconsistencias pero el empleador hizo caso omiso, que el 7 de octubre de 2015 fue intervenido quirúrgicamente por un infarto del miocardio, que con posterioridad tuvo varias recaídas generadas por el estrés, pues se sentía acosado laboralmente, que por ello el 21 de febrero de 2017 tomó la decisión de dar por terminado el contrato por causas atribuibles a su empleador sin que se le pagara la indemnización por despido respectiva.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**LICORES DE COLOMBIA LTDA.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la existencia del contrato de trabajo, precisando que éste inició el 30 de septiembre de 1977 y frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho pretendido, inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido y pago (fls. 51 a 56).

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

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 8 de mayo de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo y negó las demás pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** DECLARAR que entre el señor José Gabino Rueda Medina y la empresa Licores de Colombia LTDA existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual se desarrolló del 1° de diciembre de 1975 a 21 de febrero de 2017. **SEGUNDO:** ABSOLVER a la encartada de todas las pretensiones elevadas en su contra. **TERCERO:** CONDENAR en costas al demandante, Líquidense con la suma de \$400.000 por concepto de agencias en derecho. **CUARTO:** CONSÚLTESE la presente sentencia en favor del actor en caso de no ser objeto del recurso de apelación.”

La Juez definió el problema jurídico en determinar si el demandante tiene derecho a la indemnización por despido indirecto que reclama. Para resolverlo indicó que el actor mediante comunicación del 20 de febrero de 2017, presentó renuncia motivada en actos de acoso de laboral que le impedían desarrollar su labor. Sobre esta comunicación dijo que acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para acceder a la indemnización por despido en estos casos la renuncia debe estar debidamente motivada en algunas de las justas causas que define la legislación laboral y que le corresponde a la parte demandante probar su ocurrencia. Del material probatorio aportado concluye que no se probó la existencia de justa causa alguna, pues la motivación de su renuncia se basó en hechos genéricos de la ocurrencia de acoso laboral, sin determinar las conductas, causas legales o personas que cometían tal acoso, por lo que no es procedente la indemnización reclamada.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión, con fundamento en que en el expediente está acreditado que con posterioridad a la primera carta de renuncia que presentó el actor, éste hizo llegar una complementación de la misma mediante correo certificado a su empleador, que está probado el acoso laboral de que era objeto el actor y así fue aceptado por la demandada en la contestación de la demanda cuando afirmó que el aquí demandante había sido removido de su cargo y colocado en otro puesto para el que no había sido nombrado, lo que le generó problemas de salud. Que la carta del 23 de febrero de 2017 es prueba indiscutible de que el actor terminó el contrato motivado en una de las justas causas del artículo 62 del CST y por ello procede la indemnización reclamada. Sobre las deducciones realizadas y de las cuales se reclama su devolución, precisa que éstas no se encuentran en la liquidación final de prestaciones, porque estos descuentos se realizaban directamente en las nóminas y ya habían sido cubiertos por el actor con anterioridad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *“Me permito formular el recurso de apelación ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En principio, acepto el resumen del proceso que ha hecho el despacho y toca replicar en el sentido de que se dan todos los presupuestos para la formulación de la demanda toda vez que la cancelación del contrato el trabajo por parte del trabajador por causas imputables al patrono lo que genera la indemnización consagrada en el art 64 del CST, está probado en el plenario que con la documental aportada y con la documental aportada a la empresa está probada el acoso laboral, toda vez que en la contestación de la demanda se dice que el trabajador fue removido del cargo, colocado en otro puesto para lo que no había sido nombrado y esto género en él algunas circunstancias de quebrantos de salud, toda vez que venían con unas patologías generadas por el infarto sufrido en época anterior a su desvinculación, en su carta del 23 de febrero donde ratifica las situaciones que concretan la persecución generada por la empresa, en esa carta que le da alcance a la carta presentada el 21 y que fue recibida según la respuesta que el hiciera en el interrogatorio, ratifica que esa carta fue entregada a la empresa y que se ratificó la empresa con el envío del correo certificado de la misma, entonces no es de recibo decir que en la empresa, nunca recibieron la carta, que según los alegatos del apoderada de la parte demandada esa carta la recibieron supuestamente el 28 de febrero pero todo da a entender que lo que hay es un ocultamiento de la evidencia de la entrega de la carta y de recibo por parte de la empresa antes de que le aceptaran la renuncia, entonces esa carta del 23 de febrero tiene plena validez y es una prueba indiscutible que el trabajador terminó su contrato de trabajo con la empresa por unas causales enlistadas en el artículo 62 del CST y enumeradas pues la jurisprudencia mencionada por la señora juez en algunos aspectos no tiene compaginación con los hechos que se están discutiendo en este proceso, por esa razón y por la incidencia que tiene la indemnización que se le debe pagar al trabajador y por otras circunstancias a pesar de que no hubo deducciones en este momento de las liquidaciones del contrato por que ya se le habían hecho o el trabajador las tenía que cubrir para no verse afectado en su contrato, por esa razón esas deducciones no salen en la liquidación final sino que ya habían sido*

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, Los apoderados de las partes no presentaron alegatos de conclusión.

#### **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente la indemnización por despido indirecto y la devolución de las deducciones realizadas al trabajador demandante.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de diciembre de 1975 hasta el 21 de febrero de 2017 (hecho definido en la sentencia en decisión que en lo pertinente no fue objeto de controversia, fl. 83 y 61); **ii)** que el demandante dio por terminado el contrato mediante renuncia presentada el 21 de febrero de 2017, la cual fue aceptada por la demandada el 23 de febrero siguiente (fls. 61 y 62).

##### **- Sobre el despido indirecto**

---

*cubiertas por el trabajador, descontadas en nómina por parte de la empresa, en este sentido yo les solicito al Honorable Tribunal con todo el respeto, se sirva revocar la sentencia proferida por el despacho y en su lugar condenar a la empresa según las pretensiones de la demanda toda vez que no se consultó para esta sentencia con las situaciones fácticas y jurídicas que cobijan los derechos reclamados por el trabajador”.*

Resuelve la Sala sobre la indemnización que reclama el demandante por despido indirecto. Para este efecto, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia y resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Sobre esta forma de terminación de los contratos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 14877-2016 definió que la parte que decide dar por terminado el contrato, en este caso el trabajador, tiene la obligación de manifestar a su empleador la causal o motivo de esa determinación, sin que con posterioridad pueda alegar causales distintas. Dice la Corte que el despido indirecto, producto de la renuncia del trabajador se configura cuando el empleador incurre en alguna de las causales descritas en el literal b) artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, y que en este caso al trabajador le corresponderá acreditar no solo el hecho de la renuncia sino la ocurrencia de las justas causas aducidas.

En este orden de ideas, corresponde al demandante acreditar la presentación a su empleador de una renuncia motivada y además la ocurrencia de las razones o causas expresadas en dicha carta.

Revisado el expediente, a folio 11 se encuentra renuncia presentada por el demandante a LICORES DE COLOMBIA el 21 de febrero de 2017, recibida en la misma fecha, en dicho documento el demandante expresó:

*“Por este medio me permito presentar a modo formal mi renuncia, al cargo que venía desempeñando como VENDEDOR, desde el año 1973 hasta la presente fecha.*

*Los motivos que me llevaron a declinar son a causa del acoso laboral del cual he sido víctima, y me (sic) amparado en la ley 1010 de 2006, que es la ley de acoso laboral.*

*Quiero dejar constancia de mi agradecimiento por la oportunidad que me brindaron de trabajar en su empresa”*

De dicho texto se deduce que la razón aducida por el actor al momento de presentar su renuncia fue la de ser víctima de acoso laboral, no obstante, no precisa las conductas específicas que considera configuran tal acoso, ni hace mención de la persona o personas que incurrían en el acoso.

De todas formas, la Sala al revisar las pruebas aportadas al expediente, no encontró prueba alguna de que el empleador hubiera incurrido en conductas configurativas de acoso laboral, de las que el demandante, genéricamente, aduce fue víctima.

Nada se deduce de la prueba de interrogatorio de parte practicada a la representante legal de la demandada (CD. 2, audio 1 min.11.37), pues al preguntársele sobre el acoso laboral del que aduce el actor era víctima, dijo que el área de recursos humanos nunca había tenido conocimiento, queja o reporte alguno, relacionado con conductas de acoso laboral, que de su conocimiento era que la relación laboral con su jefe inmediata CECILIA BARRAGAN era armónica y normal, que la sistematización de la parte de ventas e inventario de la empresa, se realizó porque la empresa debía ponerse al día y modernizarse en ese tema, que los descuadres del actor nada tenían que ver con el sistema, que tienen memorandos y llamados de atención realizados a JOSÉ GABINO por faltantes de pagos que tuvo durante varios lapsos y que éste nunca manifestó a la empresa tener problemas con el manejo o administración del sistema. Afirmó además que tuvo conocimiento

de los problemas de salud del demandante y que solo con la presentación de la renuncia se enteró del supuesto acoso, que con posterioridad a la presentación de la renuncia el actor se comunicó telefónicamente con ella para pedirle que diera por nula esa carta, que no recibió otra carta o ratificación de la renuncia por parte del trabajador.

Por su parte el demandante en su interrogatorio de parte (CD. 2, audio 1 min. 30:25), nada dijo o refirió sobre las supuestas conductas de acoso laboral de que era víctima, solo dijo que presentó su renuncia porque en ese momento existía un descuadre o faltante por unos quedadillos por más de dos millones de pesos, que el pretendía radicar una ratificación o ampliación de su carta de renuncia, pero no la presentó, que el 22 de febrero de 2017 le fue comunicada la aceptación de su renuncia, más adelante cuando la juez preguntó al demandante a quien había entregado o presentado la carta de fecha 23 de febrero de 2017, éste respondió que a la señora María Helena (representante legal de la demandada).

Tampoco obra en el expediente prueba documental alguna que demuestre la afirmación que realizó el actor en la carta de renuncia, pues solo obran en el expediente extractos bancarios del demandante (13 y 14), copia de su historia clínica donde consta que realizó consultas por urgencias por dolor torácico y asfixia en fechas posteriores a la terminación de su contrato de trabajo (fls. 15 s 35), comprobante de pago de liquidación de prestaciones (fls. 67 y 68), llamado de atención al actor del 13 de abril de 2011 por irregularidades en el inventario según reporte de auditoría, acta de descargos por reporte de auditoría (fls. 71 a 74), autorización de descuento de nómina (fl. 72), llamados de atención de septiembre de 2006, septiembre de 2003 y noviembre de 2000 por irregularidades en el inventario y ausencias no justificadas del sitio de trabajo y acta de descargos por irregularidades del inventario (fls. 75 a 79), llamados de atención de mayo de 1988, abril de 1987, octubre de 1985 (fls. 80 a 82).



De las pruebas documentales que obran en el expediente y de los interrogatorios escuchados, no encuentra la Sala prueba de conductas constitutivas de acoso laboral en contra del demandante, como lo aduce en su renuncia, si bien el apoderado recurrente aduce en el recurso que el acoso laboral se encuentra probado con los documentos aportados y con la confesión de la demandada en la contestación a la demanda, donde manifiesta que el actor fue removido del cargo para pasarlo a otro puesto para el que no había sido nombrado, lo único que advierte el Tribunal sobre el particular en la respuesta de la demanda, es que el actor fue separado de la caja del establecimiento pero continuó ejerciendo su labor de vendedor, misma que venía desempeñando, como se afirma en la demanda, luego de este solo hecho no es posible concluir la existencia de conductas de acoso laboral, que ni siquiera fueron concretadas en la carta de renuncia.

Por lo anterior, resulta claro para la Sala que las pruebas obrantes no conducen a demostrar la ocurrencia de la causa aducida por el actor para dar por terminado el contrato y por ello no procede el pago de la indemnización por despido injusto que se reclama. Si bien, el apoderado del demandante afirma en el recurso que con posterioridad al 21 de febrero de 2017, el actor presentó una nueva carta ampliando las razones de su renuncia y que ésta fue enviada mediante correo certificado el 23 de febrero de 2017, lo cierto es que al expediente no se aportó prueba de ello, lo único que obra al efecto, es un escrito elaborado por el demandante con fecha 23 de febrero (fl. 12), sin firma de recibido por parte del empleador, ni la respectiva constancia de envío como se afirma en el recurso.

Sobre esto último debe decir la Sala, que el demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó inicialmente que pretendía presentar la ampliación de la carta de renuncia, pero no la había presentado, y con posterioridad en la misma diligencia manifestó que se la había presentado a MARIA HELENA

(representante legal de la demandada), hecho que negó la misma representante en su interrogatorio de parte y que además resulta incongruente con lo manifestado por el apoderado en el recurso, quien adujo que este documento había sido enviado por correo certificado. Por ello, no puede estudiar la Sala razones adicionales expresadas en una carta que no se probó haber sido entregada al empleador y de la cual no se hizo ni referencia en los hechos de la demanda.

- **Sobre las deducciones salariales**

Sobre el segundo aspecto de la controversia, relacionado con deducciones o retenciones ilegales al salario del trabajador o de su liquidación de prestaciones sociales, precisa la Sala que sobre este aspecto solo se dijo en los hechos de la demanda, que el actor debía pagar de su salario los descuadres de caja, pero no se precisó los montos de los descuentos o retenciones realizadas, ni se adujeron los periodos en que ello ocurrió.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y teniendo en cuenta la manifestación del apoderado de la parte demandante en el recurso, referida a que tales deducciones no se encuentran en la liquidación final de prestaciones porque eran realizadas en la nómina de cada mes, no se evidencia nada al efecto, pues al expediente no se aportaron los comprobantes de nómina respectivos para establecer si le habían sido realizados descuentos al trabajador y si éstos se encontraban dentro de lo definido en el artículo 149 del CST.

Lo único que obra al efecto, es un recibo de cuentas por cobrar a trabajadores donde consta que el actor adeuda \$210.500 por concepto de faltante de ventas en enero y octubre de 2015 (fl. 70), y un documento del 8 de abril de 2011, donde el actor autoriza a la demandada descontar la suma de \$325.000 por un faltante

encontrado en auditoria (fl. 72), no obstante, no obra documento alguno que acredite que tales descuentos se materializaron.

Por lo anterior no proceden las devoluciones solicitadas, pues no se acreditó que éstas hubieran sido efectivamente realizadas.

Como la juez de primera instancia llegó a igual conclusión se confirmará su decisión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República 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.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

**Magistrado**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado**





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

**S03-0090-2020**

**Radicado N° 36-2018-00606-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandante **MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE** contra la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a **COLPENSIONES** de todas las pretensiones y condenó en costas a la demandante (fl. 128, 40:56 cd fl. 127).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (fl. 5 a 15).**

**MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE** solicitó declarar que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes como cónyuge superstite de **EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ** (q.e.p.d.), en consecuencia, condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar el 100% de dicha prestación a partir del 1° de noviembre de 2017, el retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico indicó que EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ (q.e.p.d.) fue pensionado por invalidez del extinto ISS en virtud de la Resolución 3220 de 1985, quien falleció el 3 de septiembre de 2015, con quien celebró matrimonio el 07 de marzo de 1965, con quien procreó a dos hijos ya mayores de edad, causante que maltrató a la demandante al punto que debió abandonar el hogar. Afirmó que el causante durante sus últimos 7 años de vida vivió en un hogar geriátrico debido a su enfermedad crónica y fuerte genio, el cual pagó con su mesada pensional, no obstante, siempre consideró a la demandante como su cónyuge, con quien se apoyó mutuamente al punto que ella aportó a su manutención a través de la cuenta de ahorros de dicho establecimiento, también lo visitó hasta cuando lo permitió su agresividad, estando atenta a cualquier requerimiento del causante, quien siempre la mantuvo como su beneficiaria en salud. Señaló que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y que **COLPENSIONES** le reconoció dicha prestación mediante la Resolución GNR 850 del 04 de enero de 2016, sin embargo, revocó tal reconocimiento con la Resolución SUB 240623 del 27 de octubre de 2017 alegando la falta de los requisitos legales, acto contra el cual interpuso recursos, los cuales fueron negados con la Resolución DIR 7807 del 24 de abril de 2018

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 70 a 83).**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al fallecimiento del causante, que fue pensionado por invalidez, la solicitud de reconocimiento pensional de la demandante, que le reconoció la pensión de sobrevivientes y posteriormente revocó dicho reconocimiento. Indicó que el extinto ISS reconoció pensión de invalidez al causante a partir del 1º de abril de 1994, por tanto, la demandante podía acceder a la pensión de sobrevivientes acreditando los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, lo cual no cumplió porque se separó del causante 45 años de su deceso, por cuanto abandonó el hogar desde 1971 y luego inició una unión marital de hecho con su actual pareja por más de 30 años, viviendo el causante en un hogar geriátrico por los últimos 6 años de vida, tal y

como lo indicó la hija del causante BELKIS DORA MATIAS JAQUE. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación, ajusta, intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demanda, prescripción, compensación, no procedencia del pago de costas por administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 128, 40:56 cd fl. 127)**

El 30 de septiembre de 2019 el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE.*

*SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la actora. En su liquidación inclúyase la suma de \$500.000 a título de agencias en derecho.*

*TERCERO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si la demandante tiene derecho a la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite en un 100% desde el 1º de noviembre de 2017 y sus incrementos, retroactivo pensional, intereses moratorios, condenas ultra y extra petita.

Para resolver indicó que se demostró que el causante falleció el 03 de septiembre de 2015, motivo por el cual la Ley aplicable es la Ley 797 de 2003, norma que consagró como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes la cónyuge supérstite del causante fallecido siempre y cuando acredite 5 años de convivencia, periodo que conforme la

posición de la H. CSJ puede ser acreditado en cualquier tiempo, siempre y cuando el vínculo matrimonial se mantenga intacto. Afirmó que la demandante demostró que el 07 de marzo de 1965 celebró matrimonio con el causante, sin embargo, no logró acreditar la fecha de la separación de hecho con el causante, ya que la demandante indicó ante **COLPENSIONES** que convivió con el causante desde su matrimonio hasta su deceso y en idéntico sentido aportó declaraciones extrajuicio de RUBIELA MARÍA RAMÍREZ CASTAÑO y MARÍA MAGDALENA RIVERA SAMUDIO, sin embargo, en su demanda e interrogatorio la demandante manifestó que se separó del causante en 1972, a la vez que las personas que rindieron declaración extrajuicio ante **COLPENSIONES** modificaron su dicho para señalar que la convivencia finalizó en 1972, mientras que el testigo SANTIAGO MORENO indicó que finalizó en 1975, pero dicho testigo no recordó siquiera cuando él celebró matrimonio ni el nombre de sus 3 hijos, lo que le restó credibilidad, a la vez que el otro testigo JOBANNY ALEXANDER VÁSQUEZ FIERRO ratificó que no convivieron en los últimos 6 o 7 años de vida del causante y si bien indicó que la demandante le llevo utensilio de aseo, ropa y que lo visitó ello no permite inferir los 5 años de convivencia, siendo relevante que la demandante afirmó que luego de su separación se fue a vivir a otro barrio y procreó 2 hijos con otra pareja, además señaló en la demanda que era beneficiaria en salud del causante pero en su interrogatorio reconoció que lo era de su hija, lo que sumado al resultado de la investigación administrativa que realizó **COLPENSIONES** permite inferir que no se logró acreditar la convivencia por lo menos durante los 5 años anteriores o posteriores al matrimonio, lo cual no se puede suplir con la manifestación del causante aportada con la demanda y que en todo caso no fue firmada por éste, por tanto, absolvió de las pretensiones.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandante **MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder



a las pretensiones. Indicó que el dicho de la demandante y los testigos SANTIAGO MORENO y JOBANNY ALEXANDER VÁSQUEZ FIERRO fue coincidente, por cuanto JOBANNY como administrador del hogar geriátrico donde el causante pasó sus últimos 7 años de vida indicó que la demandante lo visitó de forma frecuente y verificaba si le faltaba algún tipo de ropa o elemento de aseo, ya que el monto de la pensión solo cubría parte de los gastos de su permanencia, por lo que el excedente lo asumió la demandante, tal y como se acreditó con los recibos aportados y el interrogatorio de parte, lo que por sí acredita 7 años de convivencia, más aún cuando el causante y la demandante no tuvieron la voluntad de disolver o liquidar su matrimonio y por el contrario los unió un lazo de solidaridad, apoyo, ayuda espiritual y económica. De otra parte, la demandante y las señoras RUBIELA y MARÍA MAGDALENA aclararon el error por el cual sus declaraciones ante **COLPENSIONES**, siendo coincidentes en afirmar que la unión inicial comenzó con el matrimonio en 1965 y finalizó con la separación en 1972, por lo que si un testigo erró en indicar 3 años más de convivencia ello no desvirtuar que ello corresponde con el periodo señalado inicialmente, separación que de hecho que obedeció al maltrato y golpes que el causante propinó a la demandante, por lo cual se debe aplicar al regla jurisprudencial señalada en la sentencia SL2010 de 2019<sup>1</sup> (41:37 cd fl. 127).

---

<sup>1</sup> Me permito presentar recurso de apelación estando en el momento y oportunidad, de acuerdo a las siguientes consideraciones. Desde este momento solicitó al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que se sirva revocar la sentencia y en consecuencia condenar a la entidad demandada de acuerdo a las siguientes consideraciones. Solicitó a los H magistrados que se tenga en cuenta y se analice de acuerdo con las reglas de la sana crítica y por las reglas de la experiencia los testimonios aquí rendidos por el señor JOBANNY ALEXANDER y la aquí declarante, la señora MARÍA JALIME y por el señor ANTONIO, lo anterior teniendo en cuenta que los mismos al ser interrogados y preguntados sobre la situación fáctica del caso que nos ocupa fueron consistentes en sus declaraciones, señalando que el administrador del hogar geriátrico, el señor JOBANNY manifestó que durante los últimos 7 años que el señor EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ estuvo en la casa hogar, era la MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE quien lo visitaba de forma frecuente con el fin de entrar a verificar si necesitaba algún tipo de ropa, elemento de aseo, porque la pensión si bien es cierto que percibía era con el fin de sufragar los gastos, esa pensión solo alcanzaba para sufragar el tema de la mensualidad, de arriendo como tal, pero como no alcanzaba para cubrir todos los gastos eran asumidos por MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE, prueba que se corrobora con lo manifestado por la señora MARIA MACANA y con las pruebas documentales que obran en el expediente de acuerdo con los recibos que fueron anexados en el presente proceso. Esta situación nos acredita un tiempo de convivencia de 7 años, razón por la cual si bien la norma nos indica que pueden ser 5 años en cualquier momento, este simple hechos nos indica que por lo menos no hubo una convivencia en el mismo techo pero fueron por las razones particulares del caso, de acuerdo a las condiciones de salud del señor EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ, por su comportamiento agresivo y porque necesitaba de una persona especialista en salud para cuidar su enfermedad, razón por la cual en los últimos 7 años nunca existió la voluntad de ellos de entrar a disolver o liquidar su matrimonio y por el contrario, ante los mismos existió un lazo de solidaridad, apoyo, ayuda espiritual y económica, factores que deben ser determinantes para evaluar la convivencia que existió entre los mismos, no obstante lo anterior, también debe tenerse en cuenta que las declaraciones manifestadas con el tiempo inicial de convivencia también fueron consistentes, si bien no fueron iguales a lo manifestado si guardan una relación directa con la

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó acceder al recurso de apelación por cuanto la demandante convivió con el causante desde 1965 hasta 1972, sin embargo, los cónyuges mantuvieron el lazo afectivo, por cuanto nunca se divorciaron y si bien no convivieron bajo el mismo techo, la demandante estuvo pendiente del cuidado del causante durante sus últimos 6 años de vida. Por su parte, la apoderada de la **DEMANDADA** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto la demandante no es beneficiaria de la pensión ya que no acreditó una convivencia por los 5 años anteriores al fallecimiento del causante, ya que su propia hija BELKIS MATÍAS JAQUE indicó que no convivía con el causante desde hace más de 40 años, quien en sus últimos 6 años de vida estuvo bajo la total responsabilidad del director del hogar geriátrico “*abuelitos Sol y Luna*” y no bajo el cuidado de la demandante.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

---

época en que sucedió, entre el año 1965 que fue la fecha en que contrajeron matrimonio y en el año 1972 en adelante, el hecho de que algunos testigos hubieran inferido 3 años más no le resta credibilidad al testimonio teniendo en cuenta teniendo en cuenta que hicieron referencia al mismo periodo en que ellos convivieron y lo manifestado directamente por la señora MARÍA MACANA en el sentido de indicar que ella se fue de la casa cuando la hija tenía 5 años, lo que no le resta credibilidad teniendo en cuenta que estamos dentro del mismo lapso que hemos referido inicialmente. Dentro de los mismos documentos y en cuanto las declaraciones extrajuicio rendidas ante notaria por las señoras RUBIELA y MARÍA MAGDALENA inicialmente indicaron una fecha de convivencia y posteriormente indicaron otra, allí mismo se estableció que ellas reconocían que había habido un error en el sentido de indicar las fechas, pero ese error no tenía el razonamiento y se había indicado en la entrevista del 14 de diciembre de 2016, de acuerdo con la investigación 32 de 2017, allí en esa entrevista quedó establecida que esas declaraciones fueron tomadas con base solamente en dos documentos, el documento del registro civil de defunción y el registro civil de matrimonio y que por ende no les habían indagado o preguntado en la notaria si estaban de acuerdo o no porque simplemente ellas plasmaron las firmas, y esto es consistente teniendo en cuenta que a la que demandante simplemente tiene estudios de primaria escolar y dicha situación debe ser tenida en cuenta para estudiar y analizar que en últimas no tenía el razonamiento y conocimiento de lo que estaba suscribiendo, pero tal situación quedó aclarada dentro del proceso dentro de las pruebas documentales que están el expediente- Así mismo, ruego al Tribunal Superior de Bogotá tener en cuenta el maltrato sufrido por mi poderdante, teniendo en cuenta que los testigos, el señor JOBANNY, ANTONIO y la misma declarante indicaron que era el señor EDDIE quien la maltrataba y golpeaba y como quedó señalado en diferentes sentencias, entre otras, la sentencia SL2010 de 2019 que estableció un nuevo precedente jurisprudencial en el cual indicó que en los casos en que se constató un maltrato físico y psicológico, tal situación en sí debe ser tenida en cuenta para que se le reconozca la pensión de sobrevivientes a la persona afectada, que en este caso es mi poderdante, quien sufrió ese maltrato y así fue corroborado por cada declarante. De esta manera ruego a los H. Magistrado Tribunal Superior de Bogotá tener en cuenta todas las pruebas documentales que fueron aportadas en su debida forma y las declaraciones, para que en consecuencia a ello se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión. Muchas gracias.

artículo 66 A CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su cónyuge EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ (q.e.p.d.), prestación que le fue revocada por **COLPENSIONES**, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el 07 de marzo de 1965 el causante EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ (q.e.p.d.) y la demandante **MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE** celebraron matrimonio (fl. 17 y 18); **ii)** mediante Resolución 03220 del 17 de mayo de 1985 el extinto ISS reconoció a favor del causante una pensión de invalidez, en la cual se reconoció incremento por cónyuge e hijo a cargo (documento GRP-HPE-EI-CC-137777 cd fl. 88); **iii)** el 03 de septiembre de 2015 el causante falleció (fl. 16, cd fl. 88); **iv)** **COLPENSIONES** a través de la resolución GNR 859 del 04 de enero de 2016 reconoció pensión de sobrevivientes a favor de la demandante (fl. 29 a 31, cd fl. 88); **v)** **COLPENSIONES** mediante la Resolución SUB 240623 del 27 de octubre de 2017 revocó de forma unilateral sin autorización el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante (fl. 32 a 37, cd fl. 88), acto administrativo contra el cual la demandante interpuso los recursos de reposición y apelación, siendo confirmado el acto recurrido mediante las Resoluciones SUB 98906 del 13 de abril de 2018 y DIR 7807 del 24 de abril de 2018 (cd fl. 88).

### - **Sobre la Norma Aplicable a la Pensión de Sobrevivientes.**

Ha sido posición pacífica y reiterada de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicar que la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes es la vigente al momento de la muerte del causante,

tal y como ha señalado en las sentencias SL Rad. 33.210 del 17 de octubre de 2008, Rad. 37.387 del 3 de febrero de 2010, SL19113 de 2017, SL496 de 2018, SL2214 de 2018, SL308 de 2019, SL3526 de 2019, entre otras.

- **Sobre la pensión de sobreviviente a favor de la cónyuge supérstites en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

La Ley 797 de 2003 modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y consagró como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común. Así mismo, consagró a la cónyuge y compañera permanente supérstite como beneficiarios de la prestación, siempre y cuando acrediten el periodo mínimo de convivencia, que es de 5 años en ambos casos, sin embargo, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido de forma pacífica y reiterada que la cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo mientras que la compañera permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso, tal y como indicó la Corte en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, entre otras.

En cuanto el concepto de convivencia, la H. CSJ indicó que es la comunidad donde prevalece una relación afectiva y sentimental de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, que debe acreditarse de forma ininterrumpida por el periodo exigido en la norma vigente, tal y como ha reiterado en las sentencias SL19113 de 2017, SL3182 de 2019, SL3325 de 2019 entre otras. De otra parte, La H. CSJ ha indicado que existe convivencia cuando si a pesar de no compartir el mismo techo ello obedece a situaciones particulares y transitorias, situación que permiten inferir que las partes no desean acabar con la relación, tal y como afirmó en la sentencia SL1399 de 2018.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió de todas las pretensiones. Señaló que sí bien la demandante acreditó que el 07 de marzo de 1965 celebró matrimonio con el causante, no

demonstró una convivencia de 5 años con éste, en razón a las contradicciones de su dicho y el de las señoras RUBIELA MARÍA RAMÍREZ CASTAÑO y MARÍA MAGDALENA RIVERA SAMUDIO en sede administrativa y judicial, la falta de credibilidad del testimonio de SANTIAGO MORENO y que el dicho de JOBANNY ALEXANDER VÁSQUEZ FIERRO no acreditó dicha convivencia, así como la falta de firma de la presunta manifestación del causante ante el extinto ISS.

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que el testigo JOBANNY VASQUÉZ, como administrador del hogar geriátrico donde el causante vivió sus últimos 7 años de vida, señaló que la demandante lo visitó y estaba pendiente de su cuidado, así mismo, que pagó el excedente de sus gastos ya que la pensión no alcanzaba para cubrir el total, por lo que si se acreditó una convivencia por esos 7 años. Así mismo, afirmó que la demandante y las señoras RUBIELA y MARÍA MAGDALENA aclararon el error en sus declaraciones ante **COLPENSIONES**, siendo coincidentes en señalar que la convivencia comenzó con el matrimonio en 1965 y terminó en 1972, por lo que si bien un testigo indicó 3 años más, ello incluye el periodo señalado inicialmente, además, la separación obedeció al maltrato y golpes que el causante propinó a la demandante, por lo cual solicitó aplicar al regla jurisprudencial de la sentencia SL2010 de 2019.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos la fecha del fallecimiento determina la normatividad aplicable a la pensión de sobrevivientes. En el presente asunto, el causante falleció el 03 de septiembre de 2015 (fl. 16, cd fl. 88), por tanto, la normatividad aplicable es la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y consagró como beneficiarios a los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece por riesgo común.

En lo que respecta al cónyuge superstite, podrá ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes de forma vitalicia si a la fecha de fallecimiento del causante tiene 30 o más años de edad y si acredita la convivencia con éste por 5 años, lapso que conforme la H. CSJ puede

acreditar en cualquier tiempo siempre que mantenga el vínculo conyugal vigente, tal y como ha reiterado la Corporación en las sentencias SL12442 de 2015, SL1399 de 2018, SL3747 de 2018 SL2010 de 2019, SL229 de 2020, entre otras.

Pasa la Sala a verificar si la demandante cumple los anteriores requisitos. En el presente asunto la demandante y el causante celebraron matrimonio el 07 de marzo de 1965 (fl. 17), acto inscrito en el registro civil (fl. 18), sin que se aprecie anotación de divorcio o nulidad de éste, por lo cual se infiere razonablemente su vigencia hasta el fallecimiento del causante. De otra parte, la demandante acreditó que nació el 30 de mayo de 1946 (cd fl. 88), por tanto, al fallecimiento del causante el 03 de septiembre de 2015 (fl. 16, cd fl. 88) la demandante contaba con más de 30 años.

Respecto de la convivencia, **COLPENSIONES** en una primera oportunidad consideró cumplido este requisito y reconoció la pensión de sobrevivientes a la demandante con la Resolución GNR 859 del 04 de enero de 2016 (fl. 29 a 31, cd fl. 88). Posteriormente, con la Resolución SUB 240623 del 27 de octubre de 2017, revocó de forma unilateral sin autorización dicho acto de reconocimiento (fl. 32 a 37, cd fl. 88), por cuanto consideró que la actora incurrió en conductas presuntamente delictivas para acreditar una falsa convivencia, acto contra el cual la demandante interpuso los recursos de reposición y apelación, siendo confirmado mediante las Resoluciones SUB 98906 del 13 de abril de 2018 y DIR 7807 del 24 de abril de 2018 (cd fl. 88).

Revisado el expediente, se observa que la demandante manifestó en una primera oportunidad a **COLPENSIONES** que convivió con el causante desde su matrimonio hasta su deceso (cd fl. 88), afirmación que respaldó con las declaraciones extrajuicio de RUBIELA MARÍA RAMÍREZ CASTAÑO y MARÍA MAGDALENA RIVERA SAMUDIO. Posteriormente, la demandante modificó su dicho y señaló que convivió con el causante desde su matrimonio y hasta 1972, a la par que las señoras RUBIELA MARÍA RAMÍREZ CASTAÑO y MARÍA MAGDALENA RIVERA SAMUDIO alegaron que por falencias de la Notaría en la que

rindieron su declaración se anotó de forma errónea que la convivencia había sido ininterrumpida cuando lo cierto fue que cesó en 1972.

Por su parte, la señora BELKIS DORA JAQUE MACANA, hija de la demandante y el causante, denunció a **COLPENSIONES** un presunto fraude en el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por cuanto afirmó que el causante vivió sus últimos años en el hogar “*Abuelitos Sol y Luna*” y que fue ella y no la demandante quien veló por sus necesidades, por cuanto su madre cesó su convivencia con el causante desde **1971**.

**COLPENSIONES** adelantó una investigación administrativa, en la cual el señor JOBANNY ALEXANDER VÁSQUEZ FIERRO rindió declaración como director del hogar geriátrico “*Abuelitos Sol y Luna*”, en la cual indicó que durante un año la esposa y una nieta del causante se hicieron cargo de él, mientras que los 6 años siguientes fue él se hizo cargo, por cuanto la demandante no podía verlo por la agresividad del señor EDDIE, aclarando que en todo caso la demandante estuvo pendiente de él, así mismo, que el causante nunca habló mal de su esposa y siempre indicó que su pensión iba a ser para ella, de otra parte, señaló que siempre se entendió con la demandante y su hija NAYIBE.

El precitado señor JOBANNY ALEXANDER VÁSQUEZ FIERRO también asistió como testigo al presente proceso, afirmando que la señora NAYIBE, hija de la demandante y el causante, llevó al causante a vivir en su hogar geriátrico, donde vivió 6 o 7 años, visitándolo la demandante todos los meses, quien le llevó los utensilios de aseo personal, lavado de ropa, zapatos, ropa y utensilios para su bien. De otra parte, señaló que el causante siempre se refirió de la demandante como su esposa, así mismo, que el monto de su mesada solo le cubría la mensualidad del hogar y que los demás gastos los asumió su familia, identificando como familia cercana a la demandante y a su hija NAYIBE, resaltando que si las veía el causante se ponía agresivo.

Conforme los anteriores elementos probatorios, se tiene que la señora BELKIS DORA JAQUE MACANA afirmó ante **COLPENSIONES**

que la demandante cesó la convivencia con el causante en **1971** (pagina 11 documento GEN-DOA-DA-2017\_4078537-20170424054150 cd fl. 88). Por su parte, el señor GEORGE LUIS BROW MACANA, esposo de la señora BELKIS, afirmó que la demandante y el causante se separaron cuando BELKIS tenía 4 años, los cuales cumplió el 22 de abril de 1970 conforme su registro civil de nacimiento (cd fl. 88).

Así las cosas, esta Sala infiere de forma razonable que la demandante y el causante convivieron bajo un mismo techo hasta cuando su hija BELKIS DORA JAQUE MACANA tenía 4 años, edad que cumplió el 22 de abril de 1970, por lo que al haber celebrado el matrimonio el 07 de marzo de 1965 para dicha fecha ya completaban más de 5 años de convivencia, más aún si la propia persona que denunció el caso de presunto fraude a **COLPENSIONES** manifestó que la separación se dio en 1971.

De otra parte, llama la atención de la Sala que el señor JOBANNY ALEXANDER VÁSQUEZ FIERRO, director del hogar geriátrico “*Abuelitos Sol y Luna*”, manifestó tanto en sede administrativa como en sede judicial que el causante fue muy agresivo con la demandante y su hija NAYIBE LIDA JAQUE MACANA, pese lo cual, siempre la reconoció como su esposa, a quien el testigo reconoció como parte de la familia cercana del causante, a su vez, afirmó que la demandante lo visitó todos los meses y le llevó sus cosas de aseo personal, lavado de ropa, zapatos, ropa y utensilios para que estuviera bien.

Así las cosas, si bien desde abril de 1970 la demandante dejó de convivir con el causante, no por ello puede desconocerse que acreditó 5 años de convivencia con el éste antes de su separación de hecho, estando el vínculo conyugal vigente al momento de su fallecimiento, por lo cual cumple el periodo mínimo de convivencia exigido para causar la pensión de sobreviviente, más aún si se suman los demás años en los que estuvo pendiente de su cuidado durante su permanencia en el hogar geriátrico “*Abuelos Sol y Luna*”, por cuanto si bien los recibos aportados (fl. 20 a 25, 27 a 28) no fueron pagados por la demandante sino por su hija NAYIBE LIDA JAQUE MACANA, ello no



basta para pasar por alto que el director de dicha entidad reconoció que la demandante lo visitó todos los meses y estuvo pendiente de su cuidado.

De otra parte, si bien la demandante presentó documentos ante **COLPENSIONES** en los que relacionó un periodo de convivencia distinto al que posteriormente alegó en juicio, tal situación no obsta para desconocer que conforme los elementos de prueba practicados en sede judicial logró acreditar el periodo mínimo de convivencia de 5 años, que para el caso de la cónyuge supérstite puede corresponder a cualquier tiempo, conforme indicó la H. CSJ en las sentencias SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, entre otras.

Por lo anterior, si bien esta Sala no es competente para adoptar alguna decisión sobre la eventual responsabilidad penal de la demandante por las anteriores conductas que desarrolló en sede administrativa, en todo caso declarará que si cumple los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes que le revocó **COLPENSIONES** con la Resolución SUB 240623 del 27 de octubre de 2017 (fl. 32 a 37, cd fl. 88), acto administrativo que quedó en firme con la Resolución DIR 7807 del 24 de abril de 2018 (cd fl. 88), por tanto, se evocará la sentencia de primera instancia y se ordenará el reconocimiento y pago de la prestación desde la fecha en que quedó en firme el acto administrativo que la revocó, esto es, desde el 24 de abril de 2018.

Así mismo, se condenará al pago del retroactivo pensional, debidamente indexado a la fecha de su pago, por cuanto no se condenará al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que la decisión de revocar el reconocimiento de la prestación no fue caprichosa y obedeció a las graves inconsistencias en las pruebas y dicho de la demandante en sede administrativo y a los resultados de la investigación administrativa, por lo que fue necesario agotar un amplio ejercicio interpretativo y probatorio en sede judicial para determinar que si le asiste derecho a la demandante, lo que permite concluir que en su momento la Administradora se limitó a aplicar de forma razonable la Ley, lo cual la exime del pago de los

intereses conforme indicó la H. CSJ en las sentencias SL1354 de 2019, SL2314 de 2019, SL2832 de 2019, entre otras.

Se autorizará a **COLPENSIONES** a descontar del retroactivo el valor de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, por cuanto la H. CSJ en la sentencia SL 2445 de 2019 indicó que está a cargo de las entidades pagadoras de pensiones realizar dicha deducción en virtud del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, valor que debe pagar el pensionado conforme el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Por último, frente a la excepción de prescripción que propuso **COLPENSIONES**, se observa que el acto administrativo que revocó la pensión de sobrevivientes quedó en firme mediante la Resolución DIR 7807 del 24 de abril de 2018 (cd fl. 88), siendo presentada la demanda el 18 de septiembre de 2018 (fl. 63), por lo cual no se cumplió el término trienal de prescripción consagrado en los artículos 488 y 489 CST y 151 CPT y de la SS, por lo cual las mesadas cuyo pago se ordena no estas prescriptas.

Costas de primera instancia a cargo de la pasiva. 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 y por autoridad de la Ley

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar a **MARÍA JALIME MACANA DE JAQUE** la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de EDDIE MATÍAS JAQUE SÁNCHEZ (q.e.p.d.), en 13 mesadas anuales, a partir del 24 de abril de 2018, en un 100% del valor de la pensión de invalidez que disfrutó el causante, con sus

respectivos incrementos de ley, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a pagar a la demandante el retroactivo pensional indexado generado desde el 24 de abril de 2018 y su ingreso efectivo a nómina de pensionados, autorizando a **COLPENSIONES** a descontar el valor de los respectivos aportes a salud, conforme la parte motiva de la sentencia.

**TERCERO: ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de las demás pretensiones elevadas en su contra, conforme la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de **COLPENSIONES. SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado.



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

**S03-0109-2020**

**Radicado N° 39 2016 00213 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó al pago de un retroactivo pensional e intereses moratorios.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUIS ARMANDO DIAZ MANRIQUE**, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del retroactivo pensional causado desde el 11 de abril de 2012, indexación, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que nació el 11 de abril de 1952, que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez ante Colpensiones,

que mediante Resolución GNR 098650 del 18 de mayo de 2013 dicha entidad le reconoció pensión de jubilación a partir de junio de 2013, que mediante solicitud presentada el 5 de junio de 2015 solicitó a Colpensiones el pago del retroactivo pensional causado desde el 11 de abril de 2012, el cual fue negado mediante Resolución GNR 261537 del 27 de agosto de 2015, que interpuso recurso de apelación contra dicha resolución y éste fue resuelto desfavorablemente mediante Resolución VPB 84 del 4 de enero de 2016.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones y aceptó los hechos de la demanda. Como excepciones propuso las de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e inexistencia del derecho reclamado (fls. 74 a 76).

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

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de agosto de 2019, condenó a la demandada a pagar un retroactivo pensional a partir del 11 de abril de 2012. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** DECLARAR que el señor LUIS ARMANDO DIAZ MANRIQUE tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 11 de abril del 2012 hasta el 31 de mayo de 2013. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante el retroactivo pensional de que trata el numeral 1° en cuantía de \$28.907.408.33. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al demandante los intereses moratorios de conformidad como fue explicado en la parte motiva de esta sentencia desde el 1 de febrero de 2013 hasta que el pago se verifique. **CUARTO:** DECLARAR no probada las excepciones propuestas de la parte demandante. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la parte demandada dentro de las cuales se va a incluir las agencias en derecho la suma \$1.150.000. **SEXTO:** Consúltese la presente decisión con el superior por resultar adversa a COLPENSIONES”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el retroactivo pensional que se reclama. Para resolverlo

indicó que el demandante acreditó que su última cotización al sistema se realizó en enero de 2011 y por ello procedía el pago de la pensión a partir del 11 de abril de 2012, fecha en que cumplió la edad y tenía la densidad de semanas que exige la norma, dijo además que procede el interés moratorio por la mora en el reconocimiento de estas mesadas.

Precisó la Juez de primera instancia que, si bien el demandante cuenta con una pensión gracia y una de jubilación reconocidas por el Magisterio, lo cierto es que en este proceso no fue objeto de controversia el derecho del demandante a la pensión de vejez, que además fue reconocido por Colpensiones mediante acto administrativo que no ha sido demandado por la entidad y que de todas formas, las prestaciones reconocidas por el Magisterio no son incompatibles con la pensión de vejez que se causa por aportes realizados a la entidad de seguridad social por tiempos distintos a los que causaron las prestaciones del Magisterio.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de la parte demandada pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que es necesario estudiar la incompatibilidad de las pensiones que recibe el demandante y por ello no es posible ordenar el pago del retroactivo pensional que se reclama<sup>1</sup>.

### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

---

<sup>1</sup> "Muy respetuosamente interpongo recurso de apelación antes lo honorables magistrados del Tribunal Superior de la sala laboral, el cual sustentare de la siguiente forma: empezare solicitando uy respetuosamente que se revoque todas y cada una de las condenas impuestas por el ad quo toda vez que si bien es cierto solicito que se tenga en cuenta y se estudie la incompatibilidad de las pensiones y los argumentos expuestos en los alegatos toda vez que como se logró exponer, mi representada actuó con forme a los parámetros establecidos en la ley y se tenga en cuenta que existen incompatibilidad entre las pensiones reconocidos y por tal razón no le asiste derecho al reconocimiento del retroactivo pensional, tampoco de los interese moratorio, solicito que se estudie a fondo la incompatibilidad de las pensiones que se dan, toda vez si bien es cierto, la jurisprudencia expuesta por el ad quo se puede encontrar también que en la jurisprudencia que la honorable Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto sobre la incompatibilidad de las pensiones"

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCIA GONZALEZ, identificada con C.C. 52.199.648 y portadora de la T.P. 187.952 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad.

La referida apoderada, presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que el demandante goza de una pensión de jubilación y gracia reconocidas por el Fondo de Prestaciones del Magisterio, que dichas prestaciones son incompatibles con la pensión de vejez del sistema, porque el ordenamiento jurídico prohíbe la doble asignación proveniente del tesoro público.

El apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

#### **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de la entidad demandada.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en definir la compatibilidad de las pensiones que recibe el actor del Fondo de Prestaciones del Magisterio con la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, en dado caso, establecer la fecha a partir de la cual procede el pago de la primera mesada de pensional del actor y si es procedente el pago de intereses moratorios.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 11 de abril de 1952 (fl. 48); **ii)** que mediante Resolución N° 28901 de 2002 la Caja Nacional de Previsión Social reconoció al demandante una pensión de jubilación a partir del 11 de abril de 2002 (fls. 43 y 44); **iii)** que mediante Resolución N° 004800 del 20 de septiembre de 2007 el Fondo Nacional de Prestaciones del Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación a partir del 12 de abril de 2007 por la prestación de sus servicios como docente en el Colegio Fernando Mazuera (fls. 45 a 47); **iv)** que mediante Resolución GNR 098650 del 18 de mayo de 2013 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de junio de 2013, en cuantía inicial de \$2.002.395, aplicando el Acuerdo 049 de 1990 por transición de la Ley 100 de 1993 (fls. 11 a 13); **v)** que el 5 de junio de 2015 solicitó el reconocimiento del retroactivo pensional y mediante Resoluciones GNR 261537 del 27 de agosto de 2015 y VPB 84 del 4 de enero de 2016 dicha solicitud fue resuelta desfavorablemente (fls. 14 a 20 y 29 a 32).

**- Compatibilidad entre la pensión de vejez y las pensiones reconocidas por el Magisterio**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiendo que las “*prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte



Suprema de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse<sup>2</sup>, entre otras, en la sentencia de radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011.

En la providencia referida la Corte estableció que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliarse al Sistema de pensiones a los docentes cuando éstos presten servicios en centros educativos de carácter particular, por el contrario, estos servidores son afiliados forzosos del régimen de prima media con prestación definida por lo cual pueden causar y se deben pagar las pensiones que nacen de dichos aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público, *“en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores”*<sup>3</sup>. Sobre la materia es particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales se advierte que los aportes efectuados por el demandante al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a empresas de carácter privado entre el 16 de julio de 1968 y el 31 de enero de 2011 (fls. 77 a 80), por lo cual dichos tiempos no tuvieron incidencia en el reconocimiento de las asignaciones a cargo de Cajanal y/o del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Resuelto este aspecto de la controversia pasa la Sala a estudiar el retroactivo pensional reclamado.

- **Disfrute de la pensión.**

---

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: *“(…) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*

<sup>3</sup> Ídem.

Para resolver la controversia conviene precisar, que no siempre el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios o cotizaciones habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues para ello el ordenamiento jurídico exige el retiro del afiliado del Sistema de pensiones y solo cuando esa diligencia se realiza se puede entender la renuncia del afiliado al derecho que le otorgan las normas para incrementar el valor de la mesada pensional mediante la realización de cotizaciones adicionales a las que exige la ley como mínimas (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

En efecto según el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterado mediante sentencia SL 3245-2019, se indica que el disfrute de la pensión no solo opera desde el momento en que se produce la desafiliación expresa del sistema, sino que éste también se entiende cuando el afiliado deja de efectuar cotizaciones por haber cumplido los requisitos para la pensión y presenta la solicitud correspondiente, pues en este caso se entiende una renuncia al incremento de la mesada por cotizaciones adicionales. Recuerda la Sala que el derecho pensional se causa por los aportes que un afiliado realiza durante su vida laboral y para efectos de la fecha a partir de la cual procede su pago no importa que se haya registrado formalmente en la historia laboral la novedad de retiro. Las mesadas a cargo del Sistema de pensiones constituyen un derecho del afiliado causado por sus propios aportes y no un beneficio que otorgue el Sistema con cargo a sus recursos.

Así las cosas, se advierte que LUIS ARMANDO DIAZ MANRIQUE solicitó el reconocimiento de su pensión el día 23 de mayo de 2012 (fl. 11), fecha para la cual tenía cumplidos los requisitos de edad y tiempo que exige la norma aplicable a su situación pensional, además de la historia laboral aportada al expediente por COLPENSIONES, se observa que realizó su última cotización al sistema el día 31 de enero de 2011 (fl. 77) y que fue

reportada la novedad de retiro del sistema de pensiones por su último empleador (fl. 80).

De lo anterior concluye el Tribunal que el demandante tenía derecho al pago de la pensión de vejez a partir del 11 de abril de 2012, fecha en que cumplió la edad que exige la norma (Acuerdo 04 de 1990) y completaba el número mínimo de semanas requerido.

Pasa ahora la Sala a revisar las operaciones aritméticas realizadas por el juez de primera instancia para definir el valor del retroactivo pensional causado entre el 11 de abril de 2012 y el 30 de mayo de 2013, fecha en que la entidad pagó la primera mesada pensional (fl. 13).

Año	N° de Mesadas por Año	Valor Mesada	Total Retroactivo por Año
2012	20 días de abril + 9 mesadas (con la adicional de diciembre)	\$ 1.954.700	\$18.895.433,33
2013	5 mesadas	\$ 2.002.395	\$ 10.011.975
<b>TOTAL RETROACTIVO</b>			<b>\$28.907.408,33</b>

Para la liquidación la Sala deflactó el valor de la mesada pensional del año 2013 para obtener la del año 2012 y se obtuvo como retroactivo pensional la suma de \$28.907.408,33, como este valor es igual al que definió la juez de primera instancia se confirmará en lo pertinente su decisión.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, la Sala dirá que no operó, pues no transcurrió el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPL y de la SS, en tanto el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión el 23 de mayo de 2012, solicitud que fue resuelta mediante Resolución GNR 098650 del 18 de mayo de 2013 (fl. 11), y la demanda se presentó el 25 de abril de 2016 (fl. 50), es decir dentro de los tres años siguientes a la fecha en que comenzó a correr nuevamente el término.

- **Intereses Moratorios**

Al efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 establece el pago de intereses moratorios a cargo de las entidades del Sistema de pensiones, por la mora en el pago de las mesadas pensionales a sus afiliados. Por su parte, el artículo 9<sup>4</sup> de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994<sup>5</sup>, establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

Sobre este derecho también conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, definió la integración normativa del Acuerdo 049 de 1990 con la ley 100 de 1993 para efectos del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223).

Así las cosas, el Tribunal también confirmará en este aspecto la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la demandada al pago de intereses moratorios. Para el efecto se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión desde el 23 de mayo de 2012 (fl. 11), fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello procede el pago de este derecho a partir del 24 de septiembre de 2012 (cuatro meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando efectúe su pago. Como la juez de primera instancia definió la procedencia de los intereses a partir del 1° de febrero de 2013, se confirmará en lo pertinente su decisión para no agravar el interés de la entidad a quien se le estudia en consulta este punto de la controversia.

---

<sup>4</sup> “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

<sup>5</sup> Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

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

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrado**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0117-2020**

**Radicado N° 08-2018-00042-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 04 de septiembre de 2019, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR** y de los posteriores traslados de AFP, en consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, sin descuento por gastos de administración y seguros provisionales, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas y ajustar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas (fl. 151 a 152, 01:06:33 cd fl. 150).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 4 a 24).**

**VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** solicitó declarar nulo e ineficaz su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR** y posterior traslado a **PROTECCIÓN**, en consecuencia, condenar la última AFP a trasladar el saldo de la CAIP y sus rendimientos a **COLPENSIONES** y a ésta a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 15 de febrero de 1962; que se afilió al extinto ISS el 1° de septiembre de 1988; que el 12 de abril de 1994 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que posteriormente se trasladó a **PROTECCIÓN**, AFP que tampoco le brindó asesoría completa y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, omisión en la cual también incurrió el extinto ISS hoy **COLPENSIONES**. Señaló que el 15 de noviembre de 2016 **PROTECCIÓN** le proyectó una mesada de \$1.679.069, la cual en el RPM ascendería a \$4.063.411, por lo cual solicitó su retorno al RPM el 28 de diciembre de 2016, así como la nulidad de su afiliación ante **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, peticiones que fueron rechazadas. Finalmente, que **COLPENSIONES** indicó que desde 2012 realiza actividades para informar a sus afiliados sobre el traslado de régimen.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS, que negó la solicitud de retorno al RPM y que las actividades que desde 2012 realiza informando a sus afiliados sobre el traslado de régimen. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP, que no se acreditó ningún vicio en el consentimiento ni deficiencia del deber de información y que no puede alegar su propia culpa a su favor. Interpuso las excepciones de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y declaratoria de otras excepciones (fl. 62 a 67).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS y de AFP y que negó su solicitud de nulidad de afiliación. Indicó que conforme la prueba documental el traslado fue libre y voluntario, así mismo, señaló que al momento de su afiliación a **PROTECCIÓN** recibió debida asesoría y que siempre ha dispuesto canales para atender las inquietudes de la demandante, que las AFP adquirieron el deber de asesoría desde el Decreto 2555 de 2010, que no se demostró causal de nulidad, que el desconocimiento de la Ley no genera vicio del consentimiento, que el tiempo saneo cualquier eventual vicio y que no se cumplen los requisitos fácticos para aplicar las sentencias de la H. CSJ. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 92 a 108).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó la edad de la demandante, el traslado del RPM al RAIS y negó su solicitud de nulidad de la afiliación. Indicó que previo al traslado brindó completa asesoría sobre el RAIS, sin que se acrediten las falencias que alegó la demandante, por tanto, su decisión sí fue informada y consciente, por cuanto también se realizó una completa asesoría cuando se trasladó de AFP, que no se acreditó ninguna causal de nulidad y que la demandante debe acreditar la cual que alega según el artículo 835 CCo, sin que apliquen las sentencias de la H. CSJ porque los supuestos fácticos de dichos casos son distintos al de la demandante. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 130 a 138).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 151 a 152, 01:06:33 cd fl. 150).**

El 04 de septiembre de 2019 el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:



“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la señora **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** efectuada el día 12 de abril de 1994 a la AFP Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que las afiliaciones realizadas al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad son ineficaces, es decir, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubieran existido.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y los dineros que se hubieren descontado por los seguros provisionales de invalidez y muerte, conforme lo considerado.

**CUARTO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** a aceptar todos los valores que retorne la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los respectivos ajustes en la historia pensional.

**QUINTO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuestas por las demandadas, relevándose el estudio de los demás medios exceptivos conforme a lo considerado.

**SEXTO: SIN** condena en costas.

**SÉPTIMO: ENVIAR** el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C. – Sala Laboral, para que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta en caso de no ser recurrida por parte de Colpensiones. (…)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico si le asiste o no el derecho a la demandante a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS y subsecuentemente de los traslados de AFP, para establecer si **PROTECCIÓN** debe o no trasladar

todos los dineros de la CAIP y **COLPENSIONES** de recibirlos y reactivar la afiliación de la demandante.

Para resolver indicó que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció que la selección de régimen es libre y voluntaria, so pena de la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, así mismo, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 estableció que las AFP deben brindar un servicio eficiente, eficaz y oportuna so pena de responsabilidad por los perjuicios que causen. La H. CSJ analizó la evolución del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y demás normas relacionadas con el deber de información y buen consejo de las AFP; determinando que estas desde su creación debían cumplir dicha obligación y que asumen la carga de la prueba de ese cumplimiento, que no se demuestra con el solo formulario de afiliación, so pena de ineficacia de la afiliación del traslado. Indicó que no hay prueba de que **PORVENIR** cumplió su deber de asesoría, tampoco **PROTECCIÓN**, a la vez que la demandante indicó que solo hasta 2016 entendió la decisión que tomó con la explicación de la asesora de **COLPENSIONES** sobre los dos regímenes y sus diferencias, además, la simulación pensional expone una clara lesión en el monto de la mesada, sin que los traslados de AFP convaliden el traslado inicial conforme la H. CSJ. Declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS y traslados de AFP, ordenó a **PROTECCIÓN** trasladar los recursos de la CAIP, sin ningún tipo de descuento por gastos de administración ni seguros provisionales, lo que debe recibir **COLPENSIONES** y reactivar la afiliación en el RPM. Negó la excepción de prescripción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PROTECCIÓN** solicitó revocar la prohibición para descontar gastos de administración y seguros provisionales contenida en el numeral tercero de la sentencia. Indicó que los descuentos por gastos de administración y seguros provisionales están consagrados en la Ley, para ambos regímenes, pagos que ya se causaron, el primero como contraprestación por la gestión diligente en el manejo del capital y que generó grandes rendimientos, mientras que el segundo se usó para proteger a la demandante de las contingencias por invalidez y

sobrevivencia, por lo que las restituciones mutuas del derecho civil amparan el derecho intereses, frutos y mejoras, así mismo, el derecho social protege las prestaciones causadas frente a la teoría de las restituciones completas, que en caso de aplicarse conllevaría que la AFP no pueda descontar gastos de administración ni seguros provisionales, pero que la demandante tampoco tenga derecho a los rendimientos<sup>1</sup> (01:09:48 cd fl. 150).

---

<sup>1</sup> Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser dictada en esta sentencia, con el fin de que se modifique la sentencia impugnada en el numeral tercero en cuanto la condena a PROTECCIÓN S.A. que ordenó reintegrar o no efectuar ningún descuento por el valor de gastos de administración o seguros provisionales que se efectuaron a lo largo de la afiliación de la demandante con mi representada. Se sustenta el recurso en que hay que recordar que la comisión de administración la cobran las AFP por administrar los aportes que le ingresan a la cuenta de ahorro individual, de cada aporte del 16% del IBC que realizó la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP descontó un 3% para cubrir los gastos de administración y pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que aplica tanto al RAIS como al RPM. Durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la AFP, mi representada administró los dineros que se colocaron en su CAIP, con la mayor diligencia y cuidado porque Protección al ser entidad financiera es experta en la inversión de recurso de propiedad de sus afiliados, originalmente dicha gestión de administración se ve evidencia en los buenos rendimientos financieros que genero la CAIP de la demandante, por lo tanto, no es procedente ordenar la devolución de lo que mi representada descontó por concepto de administración, porque se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta individual de la demandante, descuento que se realizó conforme la Ley y como contraprestación a la gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera. Lo anterior se concluye en establecer que si bien el artículo 1746 CC que habla de los efectos de la declaratoria de la nulidad en los siguientes términos: “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarian si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”, en este orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia aquí declarara es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende, ninguna de las AFP, incluida PROTECCIÓN debía administrar los recursos de la CAIP de la demandante, por tanto, los rendimientos que generó dicha gestión no se causaron, tampoco se generó la comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 CC habla de restituciones, furtos y el abono de mejoras, con base en ello, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga la ficción de que el contrato nunca existió, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, por eso el fruto y mejora del afiliado son los rendimientos de la CAIP pro la buena gestión de la AFP, y el fruto y mejora que obtiene la AFP es la comisión de administración, que debe conservar porque fue útil para incrementar el patrimonio de la afectada. Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas, que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos con derecho laboral y de la seguridad social porque si se aplica en estricto sentido la teoría del derecho privado con una restitución completa de las prestaciones que uno u otro hubiere dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debería devolver los rendimientos de su cuenta de ahorro individual a la AFP y esta devolver la comisión de administración al afiliado, ya que si la comisión nunca se pudo descontar tampoco nunca pudo haber existido rendimientos sobre las cotizaciones. La teoría de las prestaciones acaecidas fue puesta de presente por la H. CSJ en la Sala Laboral en sentencia radicado 81389 del 9 de septiembre de 2008, MP Héctor Eduardo López Villegas, cuando manifestó que: “las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto de las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva, como lo determina la normatividad del derecho privado, que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante las restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubiere dado o recibido, ha de valer tutelar y preservar situaciones consolidadas, porque en el ámbito del derecho laboral ora el del derecho social”. Finalmente solicito tener presente honorables Magistrados que la condena impuesta ordenando retornar los gastos de administración constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, porque recibiría los rendimientos generados por la buena administración de mi representada, sin reconocer ni pagar el pago por la gestión realizada, lo que implica una interpretación que no esta conforme con la constitución ni con la Ley, afectando el patrimonio de mi representada y vulnerando el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada a

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia por la falta de prueba del cumplimiento del deber de asesoría y buen consejo de las AFP demandadas. La demandada **PORVENIR** otorgó poder a la Dra. Yesenia Tabares Correa, identificada con C.C. 1.037.608.320 y portadora de la T.P. 242.706 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto indicó que brindó la adecuada asesoría para que la demandante tomará la decisión informada de traslado, que resulta desproporcionada la inversión de la carga de la prueba, que el deber de información debe ser exigido según las normas vigentes al traslado, que no exigían documentar la asesoría en el caso

---

una de las dos partes del contrato que fue declarado ineficaz, el cual fue suscrito de buena fe por mi representada. En mérito de lo expuesto se solicita al Honorable Tribunal Superior de Bogotá que modifique el numeral 3 respecto al reintegro y no permitir a PROTECCIÓN S.A. descontar el valor de lo que se hizo por gastos de administración, porque no hay causa jurídica ni fáctica para no hacerlo, por lo que se estaría desconociendo el trabajo que realizó mi representada, vulnerando a la AFP al impedir las restituciones mutuas con rendimientos, frutos y mejoras y a la igualdad de trato en una relación contractual, máxime si se tiene en cuenta que no fue PROTECCIÓN S.A. la AFP que llevó a cabo el traslado de régimen pensional de la demandante. Ahora, para referirme a que no se autorizó el descuento por seguros previsionales, se debe recordar que del 3% que se descuenta al afiliado, también un porcentaje va al pago del seguro provisional, a su turno el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 estableció las condiciones para operar los seguros que contraten las administradoras para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, así mismo, el Gobierno Nacional con el Decreto 876 y 1261, ambos de 1994, fijó las reglas particulares aplicables al seguro de invalidez y sobrevivencia, respecto de los cuales la Superintendencia Financiera impartió instrucciones a través del capítulo II numeral 3.2 de la Circular Externa Básica 007 de 1996, de las normas enunciadas se infiere que la prestación a cargo de las aseguradoras en el RAIS constituye un complemento de las pensión de invalidez y sobrevivencia, en la medida que se concreta al pago de la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de pensión por estos dos conceptos, y para que la aseguradora pague dicha suma, mes a mes, la AFP le paga un seguro provisional proveniente de las cotizaciones del afiliado, así las cosas, condenar a mi representada a no poder descontar los dineros destinados a estos seguros provisionales y trasladarlos a Colpensiones, solo será procedente respecto de los valores de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos generados por la buena gestión, pero no es procedente que no se permita descontar los dineros correspondientes al seguro provisional, ya que ese porcentaje ya fue descontado con base en la Ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, que es un tercero de buena fe. La Sala Civil de la H. CSJ se ha pronunciado frente a los terceros de buena fe cuando se declarar la nulidad del negocio jurídico de la siguiente manera: “de todo ello se sigue que en virtud del negocio simulado pueden constituirse legítimos intereses en la situación aparente por parte de los terceros de buena fe, porque terceros que no se pueden ver perjudicados por el negocio simulado, según la doctrina contemporánea, son los terceros de buena fe, los que obra con la confianza que se suscita de un derecho aparente y que no pudieron advertir de un error irreconocible para los que obran con cuidado y previsión, quienes se atienen a lo que entendieron o pudieron entender, vale decir, a los términos que se desprenden de la declaración y no de los que están guardados en la conciencia de los demandantes”, en virtud de lo anterior, se solicita que mi representada no sea obligada a devolver el valor del seguro provisional, porque mensualmente se le descontó de su cuenta individual dicho seguro y se pagó a una aseguradora externa, para que en caso del siniestro de invalidez o sobrevivencia ésta pague la suma adicional que financiara las pensiones por dichos conceptos, así mismo, el seguro provisional ya fue pagado y mi representada ya esta imposibilitada para recóbralo y devolverlo a COLPENSIONES, toda vez que la aseguradora es un tercero de buena fe y nada tuvo que ver en el contrato que se suscribió entre la demandante y PROTECCIÓN con el traslado de AFP. Así las cosas, dejo sentado mi recurso de apelación, solicitando a los honorables magistrados que se modifique el numeral tercero y en su lugar permita a PROTECCIÓN descontar los costos que efectuó por gastos de administración y seguros provisionales a lo largo de la afiliación de la demandante con mi representada..

bajo estudio, en todo caso, solicitó permitir el descuento por gastos de administración. La apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y portadora de la T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó revocar la sentencia por falta de pruebas de vicios del consentimiento, que recibió la asesoría adecuada por las AFP y que la demandante no demostró los supuestos de sus pretensiones. El apoderado de **PROTECCIÓN** solicitó acceder al recurso de apelación, alegando la improcedencia de prohibir el descuento de los gastos de administración y seguros provisionales, reiterando los argumentos del recurso.

## 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ** nació el 15 de febrero de 1962 (fl. 14); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 1° de septiembre de 1988 al 31 de mayo de 1994, acumulando 197 semanas conforme su historia laboral (fl. 27); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 12 de abril de 1994 (fl. 140), el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 1994 (fl. 141); **iii)** la demandante se trasladó de AFP hacia la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN** el 30 de octubre de 1998 (fl. 109), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1998 (fl. 129).

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

## **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR** y de los posteriores traslados de AFP, en consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, sin descuento por gastos de administración y seguros provisionales, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas y ajustar la historia laboral de la demandante, declaró no probadas las excepciones y se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado de **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la prohibición de descontar sumas por gastos de administración y seguros provisionales. Indicó que dichas sumas ya se agotaron conforme su finalidad legal, por tanto, procede su descuento porque el derecho civil ampara el derecho a intereses, furtos y mejoras, así mismo, el derecho social protege las prestaciones causadas frente a la teoría de las restituciones completas.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante



toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR** el 12 de abril de 1994 (fl. 140), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, llama la atención de esta Corporación que la demandante **VILMA DEL PILAR MEDINA GUTIÉRREZ**, durante en su interrogatorio, indicó que no recibió invitación alguna a una asesoría para conocer los aspectos de cada régimen, aspecto que solo le fue de presente hasta el 2016 en virtud de la asesoría de **COLPENSIONES**, sin que las AFP demandadas aportaran prueba que desvirtúe las afirmaciones de la demandante y que demuestre que sin brindaron una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes

pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de las AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

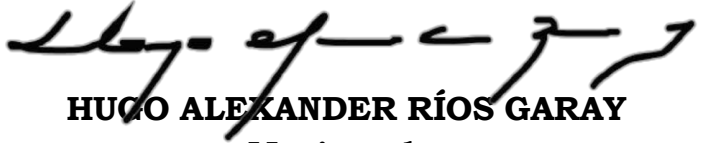
**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación del demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral noveno 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado.**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada.**

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado. ACLARO VOTO**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0098-2020**

**Radicado N° 23-2018-00204-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 22 de agosto de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR** (fl. 145 a 146, 55:45 cd fl. 147).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 22 a 32).**

**RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a la AFP al pago de perjuicios causados, intereses moratorios y devolver al demandante al mismo estado que tenía antes de la afiliación, en subsidio, condenar a la AFP al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS el 26 de septiembre de 1976; que el 15 de febrero de 2002 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que el 30 de junio de 2017 solicitó a la AFP su traslado al RPM, entre otras peticiones, solicitud que fue negada.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP demandada, así mismo, que las pretensiones carecen de soporte jurídico y fáctico, sin que pueda retornar al RPM en cualquier tiempo, sin que existan vicios en el consentimiento porque el error de derecho no lo vicia y, además, las condiciones pensionales son de público conocimiento al estar reguladas en la Ley. Interpuso las excepciones de carencia de causa para demandas, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, validez del negocio jurídico, compensación y la innominada o genérica (fl. 42 a 51).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que ofreció un servicio óptimo y que el demandante solicitó su retorno al RPM y que negó dicha petición. Indicó que el demandante suscribió afiliación libre y voluntaria a la AFP, sin que para dicho momento existiera obligación de documentar la asesoría

previa a la afiliación, sin que por ello se pueda desconocer que brindó una completa y adecuada asesoría, así mismo, durante la afiliación informó sobre el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 mediante diarios de amplia circulación, siendo notoria su voluntad de permanecer en el RAIS por cuanto nunca presentó reparo alguno y lleva cotizando más de 18 años, sin que pueda alegar la presunta ignorancia de la Ley a su favor y sin que exista ninguna causal de nulidad o daño alguno por su permanencia en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica (fl. 67 a 97).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 145 a 146, 55:45 cd fl. 147)**

El 22 de agosto de 2019, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(…) **PRIMERO: DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado del señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.*

***TERCERO: DECLARAR** que el señor **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL**, para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto **I.S.S.** hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por las razones expuestas.*



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

**QUINTO: CONDENAR EN COSTAS** a la sociedad **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**SEXTO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversar a **COLPENSIONES**. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la forma como se efectuó el traslado de régimen pensional del demandante para establecer la procedencia de declarar su nulidad o ineficacia y en consecuencias declarar que se encuentra afiliado al RPM y ordenar a la AFP la devolución de los dineros recibidos, así mismo, el demandante desistió de sus pretensiones subsidiarias.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante se trasladó del RPM al RAIS, siendo un derecho del afiliado escoger de forma libre el régimen pensional, para lo cual es fundamental un consentimiento informado, conforme el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por su parte, el artículo 1604 CC indica que la prueba de diligencia de cuidado debe demostrarlo quien debió empleador, que en el caso es la AFP en virtud de su responsabilidad profesional. Afirmó que la H. CSJ estableció el deber de información y buen consejo de las AFP y la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, sin importar si existe una expectativa legítima o régimen de transición porque dichos deberes se exigen del acto de traslado en sí mismo, por tanto, si bien no era exigible una proyección, sin debía explicarse las características, ventajas y desventajas de cada régimen, también dejar claro cuánto dinero se necesitaba para causar una pensión en el RAIS, por tanto, al no acreditar la AFP una asesoría completa, declaró la ineficacia del traslado porque no hubo confesión del actor de que conoce de forma clara los aspectos del RAIS y además el formulario de afiliación por sí solo no demuestra el deber de buen consejo. En consecuencia, declaró que el demandante siempre estuvo afiliado al RPM, debiendo la AFP devolver los aportes, rendimientos y

gastos de administración, conforme los parámetros de la H. CSJ que indican que así sea con recursos propios se debe retornar todo lo recibido por la AFP, sin descuento alguno. Rechazó la excepción de prescripción porque la pretensión es declarativa de un estado jurídico y el derecho pensional es imprescriptible. Costas a cargo de la AFP.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar las condenas en su contra. Indicó que las pruebas demuestran que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, así mismo, la AFP durante los 18 años de vinculación realizó campañas de información a sus afiliados y ha dispuesto oficinas e instrumentos para exponer temas pensionales. Al momento del traslado, el actor solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, sin que demuestre que el asesor actuó con dolo o que lo forzó a la afiliación, sin que el error de derecho cause vicio de consentimiento y sin que pueda alegar a su favor el desconocimiento de la Ley, además, al momento del traslado no era posible determinar el monto de su mesada porque depende de muchos factores en el RAIS, así mismo, como persona intelectualmente estructurada fue capaz de sopesar los beneficios que le indicó el asesor para determinar si le convenía su traslado, decidió hacerlo y solo 18 años después cuando no cumplió su meta de ahorro alegó la presunta falta de información que no demostró. Cuestionó que si el principal motivo que alegó el demandante como causa de su traslado fue que se le dijo que el ISS acabaría, no explicó porque no solicitó su retorno si es notorio que lo reemplazo **COLPENSIONES**; además, el demandante relacionó en el formulario de afiliación a sus hijos, lo que evidencia que conoce una característica propia del RAIS, así mismo, incurrió en falta de fidelidad procesal por las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio, mientras que la AFP esta cobijada por la presunción de buena fe de que suministró una adecuada información<sup>1</sup> (57:5 cd fl. 147).

---

<sup>1</sup> ): De manera respetuosa interpongo recurso de apelación ante los honorables magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral y en cumplimiento de las normas adjetivas que rigen el recurso en mención, me permito sustentarlo en los siguientes términos a nombre de mi representada. A los señores Magistrados les manifiesto que como se ha venido reiterando en muchas oportunidades por parte de mi representada en relación con la vinculación que hizo el demandante a Horizonte hoy Porvenir, la cual siempre hemos considerado por todo el

acervo probatorio que fue un acto valido en la medida no solo de que suscribió la solicitud de vinculación como traslado de régimen el 15 de febrero de 2000, de manera libre, espontanea y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría integral y completa que para la época en que se realizó el traslado era permitido para las AFP y en concreto para mi representada Horizonte hoy Porvenir, así es como adicional a lo anterior, Porvenir, a lo largo de los 18 años en los que la parte actora ha permanecido afiliada, mi representada se ha preocupado por realizar diversas campañas tendientes a mantener informados a todos sus afiliados, me refiero no solamente a las comunicaciones que se hayan generado de manera particular al hoy actor, sino además ha tenido acceso durante toda su permanencia en el RAIS a la red de oficina de mi representada y a todos los instrumentos y herramientas suministradas para que active de manera forzosa la investigación relacionada con el tema pensional, que en este caso se deja probado dentro del proceso que no se realizó por parte del actor. Es claro también señores magistrados que con fundamento en la información que en su momento registrada en la historia laboral del demandante, para el momento del traslado del régimen pensional la expectativa de pensión de él estaba lejana porque solo contaba con 42 años de edad y 601 semanas cotizadas, es decir, aun le faltaban como mínimo 20 años para alcanzar la edad reglamentaria en el RPM y 699 semanas para acceder a la pensión en el mismo régimen, teniendo en cuenta que en el año 2014 se aumentó en 2 años la edad de pensión, por lo que al momento del traslado solo tenía 11 años de cotizaciones conforme se registró en la historial laboral oficial del actor para dicha época, conforme las documentales de resumen de historial laboral y bono pensionales obtenidas del aplicado de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. También es importante mencionar que en este proceso no existe prueba alguna que desprenda que el asesor de mi representada actuó de manera dolosa o forzó al demandante para que suscribiera el formulario de afiliación, tampoco puede hablarse de ningún vicio por error de derecho conforme lo dispuesto en el Código Civil y por la H. Corte Constitucional en la sentencia C993-2006, la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, lo cual ha venido reiterando el honorable Tribunal de Bogotá en sentencias proferidas el 16 de agosto de 2016 y el 5 de abril de 2017 y 24 de abril de 2018 y siguientes respectivamente, en las que decidió no declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS tras evidencias que no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento y reiterando que conforme el artículo 1509 el error de un punto de derecho no vicia el consentimiento, es claro señores Magistrados y me quiero referir que no quedó probado ningún vicio del consentimiento y me refiero concretamente a la imposibilidad o poca posibilidad de engaño referente a la existencia de vicio de consentimiento referido al dolo y es que en el presente caso, consistiría en un presunto engaño al afiliado al realizarse el traslado del RPM al RAIS; lo que resulta absurdo porque la decisión de cambio de régimen, además de ser libre, espontanea e informada, para mi representada no era posible en la época del traslado poder establecer con certeza si la mesada pensional del demandante por este régimen sería o no inferior al del RPM, porque ello dependía de varios factores y en especial del comportamiento que el asumiera en cuanto al ahorro, aportes adicionales, entre otros, como lo señaló la honorable Corte Constitucional en la sentencia SU062 de 2010 donde manifestó: “existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el RPM”. Igualmente, señores Magistrados, queda en evidencia que el demandante era para el momento del traslado y lo sigue siendo una persona intelectualmente estructurada, recordemos que es docente universitario, ello no quiere decir por parte de mi representada que exigiere un conocimiento especializado, pero lo que si queda claro es que tenía la capacidad de sopesar en ese momento los beneficios sobre el traslado de régimen que le brindó el asesor para determinar si le convenia o no tomar esa decisión, entonces no resulta valido que luego de 18 años cuando evidenció que no logró cumplir los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen pretenda obtener la ineficacia de una afiliación legal aduciendo una supuesta falta de información y equivocación en la asesoría por parte de Porvenir, que como he reiterado jamás existió la falta de información o una indebida asesoría o engaño al momento del traslado de régimen. En suma, el demandante no puede alegar que no conocía la Ley en materia pensional, por cuanto es aplicable al caso que nos ocupa el principio general del derecho de que la ignoración de la Ley no sirve de excusa y en gracia de discusión, señores Magistrados, recordemos haciendo alusión a las respuesta obtenidas del actor en el interrogatorio de parte que se practicó, quedo en evidencia que una de las principales razones por las cuales decidió su traslado de régimen es precisamente porque decía que el seguro social se terminaría y que sus aportes estaban en peligro de pérdida, lo que resulta inexacto y negativo en la medida que lo que nos demostró el tiempo y lo que él pudo evidenciar a través de medios notorios, es que efectivamente que aparte de que si se terminó el Instituto de Seguros Sociales COLPENSIONES asumió la carga del ISS y que permanecían los aportes de los afiliados incólumes. Por estas razones, señores Magistrados, digo de manera respetuosa que todas la condenas impuestas a mi representada sean revocadas en su integridad por las razones que he venido exponiendo, además porque, refiriéndome concretamente a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a los que el Juez de primera instancia hizo alusión aparte de las demás condenas impuestas, resulta para esta representante de PORVENIR que sea tomado en cuenta el hecho de que mi representada durante toda la vida lo único que ha hecho es atender la normatividad legal de administración, de forma transparente y de buena fe de unos recursos, y que efectivamente sigue insistiendo que la asesoría prestada por parte de mi representada al momento del traslado, valga decir el año 2002, se pudo establecer que se facilitó de manera clara y eficaz, quiero hacer alusión a una de las características propias del RAIS, que si nos reportamos al formulario de ahorro del traslado, notamos que el actor realizó o, más bien, suscribió el nombre de dos de sus hijos, lo que prueba que cuando lo diligenció lo hizo a conciencia y que recibió una información relativa a los afiliados, que como dije en mis alegatos es una de las características propias del RAIS, que no son propias por supuesto del RPM. Por estas razones, señores

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S., identificada con NIT 900.847.037, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con CC 1.020.786.735 y portadora de la TP 300.432 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, alegando la improcedencia de invertir la carga de la prueba a favor del afiliado conforme las sentencias C-086 de 2016 y T-422 de 2011, así como la mala fe del demandante y se negligencia y falta de intereses por su futuro pensional, quien omitió sus obligaciones como consumidor financiero de informarse sobre el producto, a la vez que el error de derecho no vicia el consentimiento conforme el Código Civil y la sentencia C-993 de 2006. Por su parte, la apoderada de **PORVENIR** solicitó acceder al recurso de apelación, por cuanto el actor se afilió de forma voluntaria e informada previa asesoría verbal de un asesor capacitados en temas pensionales, sin que para el 2002 se exigiera documentar la misma, permaneciendo el actor en el RAIS por más de 18 años sin reparo alguno y quien además no tenía una expectativa pensional cierta al momento del traslado, estando prescrito el derecho procesal de acción. Agotado el término, la parte demandante se abstuvo de presentar 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 inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

---

Magistrados, los invito de manera respetuosa de que sean revisadas en su integridad todas y cada una de las respuestas versus los hechos de la demanda, que dejan clara evidencia de la falta de fidelidad procesal en la medida que existen claras inconsistencias respecto de lo que se manifiesta en la demanda y lo que hoy el actor manifestó ante el Despacho en su interrogatorio de parte, que queda en evidencia que para PROVENIR ratifica la presunción de buena fe de la información dada al hoy afiliado al RAIS y que definitivamente deja en entre dicho que no hubiera recibido la información que el insiste no recibió por parte de mi representada. Repito agradezco que se revoquen todas las condenas impuestas a mi representada en su integridad.

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** nació el 09 de marzo de 1957 (fl. 11); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 26 de septiembre de 1976 al 29 de febrero de 2000, acumulando 172, 14 semanas conforme su historia laboral (fl. 58) y 659,57 semanas conforme la Oficina de Bonos Pensionales (fl. 103); **ii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), que se hizo efectivo el 1° de abril de 2000 (fl. 99), administradora donde permanece afiliado.

### **- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem*

consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante con su afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación, ordenó a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación con sus frutos y rendimientos y sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PORVENIR**.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que se acreditó que el demandante se afilió de forma libre, espontánea, sin presiones y luego de recibir asesoría, que la AFP durante 18 años realizó campañas de información y dispuso canales para exponer temas pensionales, que solo tenía 42 años y 601 semanas cotizadas, que no demostró ningún vicio en el consentimiento y no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, siendo imposible determinar el monto de la pensión a la fecha de traslado, no obstante lo cual el actor tuvo la capacidad intelectual de determinar que le convenía el traslado, siendo un hecho

notoria la existencia de **COLPENSIONES** pese lo cual no decidió retornar, incluso, dejó prueba de conocer los aspectos del RAIS porque relacionó sus hijos en el formulario y criticó las incongruencias entre los hechos de la demanda y su interrogatorio.

Pasa el Despacho a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que



un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba alguna de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR** el 15 de febrero de 2000 (fl. 98), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **RENAN FERNANDO JIMÉNEZ ESPINEL** manifestó en su interrogatorio que en la reunión grupal, que precedió a su traslado de régimen, se le informó acerca del RAIS que tendría una cuenta individual y que tendría la libertad de escoger el monto y momento de su pensión, manifestaciones que guardan relación con las omisiones descritas en la demanda, en donde el actor manifestó la falta de información en cuanto el modo como se causa y liquida la pensión en el RAIS con base en un monto de capital necesario para generar el derecho pensional, sin que por su parte la AFP hubiera cumplido con su carga de la prueba de acreditar que contrario a lo afirmado por el actor si brindo una adecuada asesoría y consejo por parte de la AFP para conocer las características de cada régimen pensional, sus ventajas, desventajas, riesgos y beneficios de permanecer en cada uno de ellos.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.


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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'R' followed by a horizontal line.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0100-2020**

**Radicado N° 09 2018 00 429 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **COLFONDOS**, contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**LUZ MARINA RINCON GARCIA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la

ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 17 de abril de 1965, que se afilió al ISS hoy Colpensiones el 5 de junio de 1984 y cotizó a dicha entidad hasta el 31 de diciembre de 1994 por un total de 480 semanas, que el 13 julio de 1998 se trasladó al RAIS administrado por ING hoy Protección y que con posterioridad el 1° de septiembre de 2004 se trasladó a Colfondos. Aduce que al momento de efectuar el traslado de régimen el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a Colpensiones su afiliación al RPM mediante solicitud del 9 de marzo de 2018 y ésta fue resuelta de manera desfavorable.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, y compensación (fls. 188 a 194).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y la respuesta dada a la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos (fls. 115 a 128).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, el traslado de régimen, y el traslado entre fondos de pensiones, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (fls. 153 a 177).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a Colfondos a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** Declarar la ineficacia del traslado del régimen realizado por la señora LUZ MARINA RINCÓN GARCÍA entre el régimen de prima media representado por el ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por Protección S.A. el 13 de julio de 1998. **SEGUNDO:** Condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ MARINA RINCON GARCIA sin descuento alguno por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y se ordenara a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. **TERCERO:** se declara no probada las excepciones planteadas por la parte pasiva en sus contestaciones. **CUARTO:** Costas, serán a cargo de las 3 demandada, tácense a 1 SMLMV las agencias en derecho.”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, las AFP demandadas debían acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se



efectúo el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que no se puede endilgar responsabilidad alguna a la entidad, pues no tenía conocimiento de que el acto del traslado estuviera viciado de nulidad y que esta decisión atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema. Pide además que se revoque la condena en costas impuesta<sup>1</sup>.

La apoderada de COLFONDOS presentó recurso de apelación y al efecto pide que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentarlo aduce que la demandante no tenía la condición de beneficiaria del régimen de transición y además esta incurso en una prohibición legal que le impide regresar al RPM, dice que no se probó la existencia de vicio en consentimiento alguno y que de todas formas la accionante convalidó su traslado al realizar cotizaciones en dos fondos distintos durante más de 20 años sin que manifestara oposición o inconformidad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> “Me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá sala laboral solicitando se absuelva mi representada y se revoque la condena en costas, toda vez que no se puede endilgar responsabilidad derivada alguna de la actuación pasiva de mi representado, máximo cuando la misma no tenía como saber que se encontraba viciada la voluntad de afiliación a la hora de trasladarse, además, resultan gravosas de cara a la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones, razón por la cual, no es procedente condena en costas, por lo tanto solicito que se revoque dicha condena”

<sup>2</sup> Interponemos recurso de apelación con fundamento en la siguiente argumentación: primero, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición de la ley 100 del 93 por el no cumplimiento de los requisitos establecidos en la jurisprudencia existente, segundo, existencia de prohibición legal del traslado de régimen pensional cuando al afiliado le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, toda vez que el demandante al interponer la demanda contaba con una edad de 55 años, en tercer lugar, no procedencia de la ineficacia, puesto que no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento al momento de la realización del traslado, y por ultimo debe someterse a consideración del despacho la teoría de los actos propios ampliamente reconocido por la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional donde se establece que nadie puede ir en contra la conducta que ha realizado durante un periodo determinado de tiempo y en este caso el accionante después de haber realizado cotización en este régimen por más de 20 años ante dos administradores de pensiones totalmente diferentes hace que en virtud de la buena fe y la diligencia no se puede acceder a la declaratoria de la ineficacia, en esos términos dejo planteado mi recurso de apelación.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de COLFONDOS sustituyó poder al Dr. FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY, identificado con C.C. 1.023.929.755 y portador de la T.P. 313751 del C.S.J., a quien se tiene como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia aduciendo que el traslado de la demandante es válido y ordenar su regreso al RPM atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema.

#### **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 y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 17 de abril de 1965 (fl. 34); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 5 de junio de 1984 hasta el 31 de julio de 1998 (fls. 35 y 182); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colmena (Posteriormente ING Pensiones, hoy Protección S.A.) el 13 de julio de 1998 (fl. 103); **iv)** que el 20 de septiembre de 1999 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.(fl. 103 y 132); **v)** que el 9 de marzo de 2018 solicitó a Colfondos la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada (fls. 21 a 48); **v)** que el 9 de marzo de 2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 62 a 68).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ MARINA RINCÓN GARCIA se trasladó a la AFP ING (hoy Protección) el 13 de julio de 1998 (fl. 103), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 24:58), pues ésta solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación a Colmena porque trabajaba para ese grupo en ese momento y por una directriz de la compañía se dispuso que la totalidad de los trabajadores debían trasladarse al fondo de pensiones Colmena, dijo que no les dieron información alguna ni explicación sobre las implicaciones que tenía dicho traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Protección en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de

información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrino que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las **AFP PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al

tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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 se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia apelada para disponer que **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **COLFONDOS**

**PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia apelada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores 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.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada (aclara voto)**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0102-2020**

**Radicado N° 14 2018 00200 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de agosto de 2019, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**MARICEL MARTINEZ ARIZA**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales y sumas adicionales de aseguradoras.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 8 de septiembre de 1960, que trabajó en el Hospital Occidente de Kennedy y en dicha entidad le realizaron cotizaciones a la Caja de Previsión del Distrito desde el 27 de mayo de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1995, que con posterioridad, a partir del 1° de diciembre de 1995 y hasta el 30 de octubre de 1999, realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, cotizando un total de 201.71 semanas en dicha entidad, que el 1° noviembre de 1999, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y cotizaciones efectuadas a esta entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (fls. 102 a 115).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 101 a 172).

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

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del

30 de agosto de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** *ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por la demandante MARICEL MARTINEZ ARIZA, conforme lo aquí considerado.* **SEGUNDO:** *RELEVARSE del estudio de las excepciones propuestas dado el carácter absolutorio del litigio.* **TERCERO:** *SIN COSTAS en esta instancia.* **CUARTO:** *CONSULTAR con el superior la presente providencia en el evento de no ser apelada”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, las AFP tienen el deber de brindar información a sus afiliados al momento del traslado, que en el caso bajo estudio las solas afirmaciones realizadas en la demanda no configuran una falta al deber de información en cuanto las características de cada uno de los regímenes pensionales y sus reglas respectivas están claramente definidas en la ley, y no era obligatorio para la entidad realizar una proyección del derecho pensional en ese momento, pues era prematuro realizar dichos cálculos en ese momento, que además la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y por ello no habían situaciones particulares que debieran ser informadas al momento del traslado y por ello no hay falta al deber de información que se alude en la demanda.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que debió darse aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que regula la materia y donde se ha establecido claramente que en casos como el que se estudia, la carga de la prueba la tiene la parte demandada y por ello es ésta quien debía acreditar el cumplimiento del deber de

información al momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional, dice además que es irrelevante para la controversia el hecho de que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición, pues no es una condición ni requisito, según la jurisprudencia, para entender que se causó un perjuicio al afiliado con el traslado<sup>1</sup>.

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó

---

<sup>1</sup> “Su señoría me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta audiencia, de conformidad con el artículo 66 del CPL sustento el recurso en los siguientes términos. Su señoría cuando inició sus consideraciones señaló que el objeto de esta audiencia o de este proceso era establecer si había lugar a la nulidad por la falta al deber de información y empieza a decir que no era beneficiaria del régimen de transición y hace una argumentación, ese no era el tema de la demanda del régimen de transición, ni el artículo 13 con relación a que se le dio la información adecuada y veraz, entra a analizar que como no tiene en el momento del traslado, ni régimen de transición, y como no tiene una expectativa de pensionarse, no hay lugar a que se presente un daño que le haya podido causar ese traslado, nos dimos cuenta que el interrogatorio que se le hizo a la demandante, que es una nutricionista que lleva vinculada como empleada pública desde el año 85 en forma permanente trabajando y lo único que le está ofreciendo el fondo es un salario mínimo, una pensión mínima porque no tiene capital ahorrado, es un engaño y si se le hubiera dicho que ella a esta calenda podría llegar a recibir un salario mínimo, ella no se hubiese trasladado porque, porque ella tenía un régimen de prima media donde le garantizaban una pensión con un porcentaje mínimo que era del 65% y que se va incrementando poco a poco, no le dieron ninguna información, entonces si hubo engaño, y aquí hay algo de hecho y derecho su señoría, usted dice que acoge en su integridad el salvamento de voto, no señora, aquí en este caso lo que se debe aplicar es la jurisprudencia y se desconoce de un solo brochazo toda la jurisprudencia, porque se dice que lo único que se requiere para poder establecer que hubo un daño es que tenga régimen de transición y esté a las puertas de pensionarse, eso no lo dice la jurisprudencia, la jurisprudencia ha sido muy clara y la sentencia que usted mencionó la SL 1688 es muy clara y hace un análisis exhaustivo de ese tema de las nulidades, que no se requiere ni la expectativa legítima para pensionarse, ni se requiere tener régimen de transición porque lo que aquí se analiza es la falta de información, aquí los fondos no probaron que le hubieran dado la información, no trajeron al estrado al asistente para que diera esa información. En el texto de la demanda en el acápite de los hechos se hacen afirmaciones indefinidas relacionadas en los numerales 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 19 y 20, en el artículo 167 del CGP se establece que las negaciones indefinidas no requieren prueba de conformidad con la sentencia pluricitada SL 1688 del 2019 al respecto dice, a quien le corresponde probar debe precisar que la demandante alega que no recibió la información debida, cuando se cambió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente, por quien lo invoca, como el trabajador no puede demostrar que no recibió la información, corresponde a su contraparte demostrar que si la brindó, dado que es quien está en disposición de hacerlo, aquí no se puede omitir esa situación de que el trabajador no podía aportar la prueba de que le dieron la información y se habla de unos errores de derecho que nunca se mencionaron en la demanda, mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, pues tiene unas claras preeminencias frente al afiliado lego, considerándose una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en favor de los consumidores financieros Ley 1328 de 2009, se desconocen estas normatividades, por lo anterior considero que el despacho cometió un error jurídico al invertir la carga de la prueba en este caso, en contra de la demandante, exigiéndole una prueba de imposible aportación, concluyendo las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y además en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 4964 de 2018, SL 4989 del 2018 y SL 1452 del 2019, solicito a los honorables magistrados que al resolver el recurso de alzada se sirvan tener en cuenta las consideraciones que se tuvieron en esta audiencia para sustentar el recurso de apelación y se revoque la sentencia de primera instancia. Gracias su señoría”

alegatos de conclusión, pide que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que quedó demostrado en el proceso que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria y estaba en condiciones de tomar una decisión objetiva al respecto.

La apoderada de la AFP Porvenir, quien actúa en dicha calidad de acuerdo a la Escritura Pública N° 1289 del 15 de agosto de 2019, que aportó en medio magnético, presentó alegatos de conclusión solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, pues ésta no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y los parámetros fijados en casos donde se discute la ineficacia del traslado de régimen.

## **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 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 8 de

septiembre de 1960 (fl. 30); **ii)** que prestó servicios al Hospital de Kennedy y dicha entidad le cotizó a la Caja de Previsión del Distrito entre el 27 de mayo de 1985 y el 30 de noviembre de 1995 (fl.30); **iii)** que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 1° de diciembre de 1995 hasta el 30 de octubre de 1999 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 201.71 semanas (fl. 7); **iv)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A. el 6 de octubre de 1999 (fl. 5); **v)** que el 21 de junio de 2017, radicó ante Porvenir solicitud de nulidad del traslado de régimen, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 22 a 29); **v)** que el 28 de junio de 2017 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 14 a 21).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARICEL MARTINEZ ARIZA se trasladó a la AFP Porvenir el 6 de octubre de 1999 (fl. 5 y 120), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 08:57), pues ésta solo manifestó al efecto que lo único que le habían dicho era que el ISS se iba acabar, que se quedarían sin pensión y que no le dieron una información precisa y concreta sobre las implicaciones del traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Porvenir en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues

nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para PORVENIR S.A. la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto,

teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, Colpensiones podrá obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de la AFP Porvenir. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional de la señora MARICEL MARTINEZ ARIZA a la AFP PORVENIR S.A.

**TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la demandante, incluyendo los

rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos; y a COLPENSIONES recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante.

**CUARTO: DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la AFP Porvenir. **SIN COSTAS** en la apelación.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

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

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada (aclara voto)**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado**

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0095-2020**

**Radicado N° 10-2018-00248-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de las demandadas **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante su afiliación a **COLFONDOS**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, ordenó a **OLD MUTUAL** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, sus frutos, rendimiento y gastos de administración, así mismo, ordenó a **COLFONDOS** a devolver los gastos de administración, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y una vez recibidos dichos valores, ordenó a **COLPENSIONES** el ajuste inmediato de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **COLFONDOS** (fl. 190 a 192, 02:01:47 cd fl. 180).

## I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 59 a 71).**

**ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE** solicitó declarar la nulidad del traslado de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a **COLFONDOS**, en consecuencia, ordenar a **OLD MUTUAL** a trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración a **COLPENSIONES** y a ésta última a recibir dichas sumas y registrar al demandante como su afiliado al RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de agosto de 1956-, que se afilió al extinto ISS en junio de 1995 y que el 1° de agosto de 1995 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **COLFONDOS**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; posteriormente, el 09 de julio de 2008 se trasladó a la AFP SKANDIA hoy **OLD MUTUAL**, oportunidad en la que tampoco recibió una adecuada y completa asesoría. Afirmó que el 30 de noviembre de 2017 solicitó a **COLFONDOS** la invalidez de su afiliación, petición que fue rechazada, solicitud que también presentó a **OLD MUTUAL** el 11 de diciembre de 2017 y que fue rechazada, así mismo, solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM el 05 de septiembre de 2017, quien la negó. En todo caso, señaló el valor de su mesada pensional en el RAIS es muy inferior al que recibiría en el RPM a pesar de que cotiza por más de 23 smlmv.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó su retorno al RPM. Indicó no constarle ningún hecho relacionado con las AFP demandadas, sin embargo, afirmó que el traslado hacia el RAIS es válido por cuanto se efectuó conforme a derecho, por lo cual debe el demandante acreditar el presunto vicio en el consentimiento que alegó. Interpuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de

causa y título para pedir y la declaratoria de otras excepciones (fl. 86 a 90).

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó la edad del demandante, que se trasladó al RAIS y que negó su solicitud de invalidación de su afiliación a la AFP. Indicó que el 09 de julio de 2008 aceptó el traslado libre e informado de AFP del demandante, fecha para la cual el actor ya estaba bajo la restricción de retorno al RPM por edad, sin que la ausencia de proyección pensional invalide dicha afiliación por cuando se trata de un valor aproximado de un derecho en construcción; en todo caso, señaló que no procedería el retorno de los gastos de administración, los cuales ya fueron descontados y usados conforme Ley. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fl. 99 a 113).

**COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó su petición de invalidar el mismo. Indicó que el demandante de forma libre y voluntaria se afilió a la AFP, para lo cual leyó y firmó el respectivo formulario, previa asesoría del agente de la AFP, quien le informó las características, ventajas y desventajas de cada régimen de forma verbal, según los parámetros legales vigentes en ese entonces, asesoría que fue integral, especializada, personal y completa, sin que sean engañosas afirmaciones como la posibilidad de una mesada mayor en el RAIS o a una edad anterior a la exigida en el RPM, además, cuenta con canales siempre disponibles para mantener informados a sus afiliados. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de causal de nulidad, prescripción, buena fe, pago, compensación, saneamiento de cualquier nulidad, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivo de un tercero, imposibilidad de ir contra el acto propio y la innominada o genérica (fl. 153 a 172).



**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 190 a 192,  
02:01:47 cd fl. 180)**

El 17 de julio de 2019 el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la vinculación del demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE a la COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTÍA (Sic) mediante la afiliación suscrita el día 12 de julio de 1995 y por ende su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordena el regreso inmediato a la vinculación sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

**SEGUNDO:** *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a RECIBIR Y RESTABLECER LA AFILIACIÓN del demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

**TERCERO:** *CONDENAR a la demandada OLD MUTUAL S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍA, a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y gastos de administración, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, con los documentos correspondientes para establecer las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración por parte de COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.*

**CUARTO:** *CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a que haga entrega a colpensiones, conforme lo expone el art. 1746 del C.C., de las sumas correspondientes a las cuotas y gastos de administración descontados al demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE durante su vinculación a dicho fondo dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para establecer que dichas sumas se están devolviendo en los términos expresados en la sentencia.*

**QUINTO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a que una vez ingresen los dineros correspondientes a la cuenta individual de ahorro de demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE provenientes tanto de OLD MUTUAL S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍA como de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, deberá realizar la revisión de que se haya realizado en los términos expresados en esta sentencia y de manera inmediata deberá hacer la imputación de las semanas cotizadas en el EAIS del señor demandante, en su historia laboral para efectos pensionales de conformidad a lo establecido en esta providencia.

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

**SÉPTIMO:** CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en favor del demandante señor ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000

**OCTAVO:** Remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá,, Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de Consulta conforme al art. 69 CPT y SS, teniendo en cuenta que impusieron condenas en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar los hechos de la demanda que no fueron aceptados, la procedencia de las pretensiones, los hechos de la contestación y la procedencia de las excepciones.

Para resolver indicó que la H. CSJ estableció que las AFP tienen la obligación de información y buen consejo y la carga de demostrar su cumplimiento diligente, a fin de demostrar que el traslado fue libre e informado sobre sus efectos de cambio de régimen. En el caso bajo estudio, señaló que el demandante se trasladó del RPM al RAIS afiliándose a **COLFONDOS** el 12 de julio de 1995 y que firmó un formulario donde indicó que su traslado fue libre y voluntario, el cual por sí solo no acredita el cumplimiento del deber de información conforme la H. CSJ, sin que la AFP aporte otra prueba que demuestre dicha asesoría, a la vez que el demandante y la testigo coincidieron en indicar que hubo una reunión general por el asesor, quien les dijo que se iba a acabar el ISS y que debían afiliarse a la AFP, además, a pesar

de que el demandante conoce que es un bono pensional, la existencia de una cuenta individual, que se puede heredar el saldo de la cuenta, los rendimientos y aportes voluntarios, aclaro que no se le indicó cual cuanto capital se necesitaba para una pensión, omisión que también refirió la testigo, ni se les proyecto como se comporta la pensión. Toda vez que la H. CSJ indicó que se deben informar las características de ambos regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, también echo de menos que se le explicara al demandante cómo se causa la pensión en el RPM y frente al RAIS no se le indicó el monto de capital para una pensión, ni de los gastos de administración, ni que así como hay rendimientos pueden haber perdidas, ni las modalidades de pensión o como se financian las pensión de sobrevivientes y de invalidez. Como no se acreditó una asesoría completa, declaró ineficaz el traslado, la cual no se sana con los traslados de AFP y además OLD MUTUAL tampoco acreditó una adecuada asesoría, por ello, ordenó su regreso sin solución de continuidad al RPM, ordenó a las AFP devolver los aportes, rendimientos y gastos de administración, los últimos a su cargo en razón ya que la ineficacia se generó por la conducta indebida de las AFP, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, así como entregar la documentación necesaria para que COLPENSIONES verifique que si devuelven las sumas ordenadas. Condenó en costas a COLFONDOS, quien realizó el traslado de régimen.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la sentencia y absolver de las pretensiones. Afirmó que se acreditó que las AFP cumplieron los requisitos legales vigentes al momento de cada afiliación, formularios que tienen objeto y causa lícita, siendo capaz el demandante y sin prueba de ningún vicio ya que el error de vicio no lo genera, quien además confesó que se afilió de forma libre y voluntaria, además, el formulario e interrogatorio de parte acreditan que conoce las características del RAIS y que no decidió volver al RPM pese conocer a **COLPENSIONES**, ratificando su decisión de seguir en el RAIS por el traslado de AFP, que confesó hizo buscando mejores rendimientos. En todo caso, no es viable devolver los gastos

de administración porque se usaron conforme la Ley para la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, así mismo, que no procede la condena a costas<sup>1</sup> (02:05:12 cd fl. 180).

La demandada **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** solicitó revocar la sentencia y condenas. Indicó que el interrogatorio del demandante demuestra que se brindó la suficiente información para que decidiera de forma libre su traslado al RAIS, conociendo características, ventajas y desventajas de dicho régimen como el bono pensional, que se rige por capitalización e incluso se trasladó de AFP buscando más rendimientos. Señaló que el error de derecho no vicia el consentimiento. Indicó la imposibilidad de retornar los gastos de administración por cuanto fueron gastados en el mantenimiento de la cuenta individual y la cobertura de riesgos de invalidez y muerte<sup>2</sup> (02:09:35 cd fl. 180).

---

<sup>1</sup> Su señoría interpongo respetuosamente recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir para que se revoque en su totalidad, como quiera que en el presente proceso no se logró acreditar los presupuestos fácticos y jurídicos que permitan configurar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, por el contrario, en esta instancia se tiene certeza de que las afiliaciones cumplieron con el lleno de los requisitos legales, los Fondos actuaron de conformidad con la normatividad vigente para la fecha de cada afiliación, el formulario de afiliación tuvo objeto y causa lícita y no fue tachado de falso, el demandante era legalmente capaz y no se probo ningún vicio del consentimiento. Debe recordarse que el artículo 1529 CC expresamente estableció que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, así mismo, las afiliaciones que efectuó el demandante ocurrieron de manera libre y voluntaria como así lo confeso en su interrogatorio de parte. La Sala Laboral de la H. CSJ en sus últimos pronunciamiento estableció que debe analizarse cada caso concreto y en el presente se tiene certeza que se le ofreció una información suficiente, oportuna y veraz, no solo por la existencia del formulario de afiliación como se indica por parte de la señora Juez, sino porque existe un medio probatorio válido que no puede ser desconocido como lo es el interrogatorio del demandante, donde él confesó que conocía ciertas características del régimen de ahorro individual, como que el reconocimiento y pago de las prestaciones periódicas depende de los aportes que realizó a su cuenta de ahorro individual, que la misma generaría rendimientos y incluso efectuó aportes voluntarios, lo que quiere decir que conocía que pertenecía a un régimen de capitalización y que efectivamente no estuvo engañado por los más de 15 años en que estuvo afiliado al RAIS; incluso, H. Magistrados, él indicó que su motivación al trasladarse al RAIS ocurrió porque le informaron que iba a acabarse el ISS; sin embargo, cuando la suscrita le preguntó si conocía que COLPENSIONES había continuado con las funciones del ISS él indicó que sí y efectivamente cuando se le preguntó que porque no había retornado no dio una respuesta clara, conforme lo que se le estaba preguntando. Ahora la testigo Fanny Duque Guinara ratifica la declaración rendida por el demandante, esto es, que se les indicó en la reunión grupal que se podían pensionar más jóvenes si aportaban dinero a su cuenta de ahorro individual, de otra parte, se debe tener en cuenta que el demandante ratificó su decisión inicial de trasladarse al RAIS cuando realizó el traslado a OLD MUTUAL y, en el caso honorable Magistrados de que hubiera existido algún error, este se habría saneado conforme el Código Civil, máxime cuando en el interrogatorio de parte el demandante indicó que se afilió a OLD MUTUAL por las utilidades y rendimientos que generaría en ese fondo. Ahora, no es posible condenar a mi representada a devolver los valores por cuotas de administración, como quiera que por Ley fueron descontadas y además porque el despacho desconoce que durante el tiempo de permanencia del demandante a Colfondos estuvo cubierto de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, por tanto, no habría lugar a condenar a estos descuentos. Finalmente, como quiera que no hay ineficacia del traslado y mi demandada actuó de buena fe, tampoco corresponde condenar a Colfondos a costas y agencias en derecho. Gracias.

<sup>2</sup> Me permito interponer recurso de apelación ante la sentencia proferida por su Despacho, atendiendo a los siguientes argumentos. En primer lugar, como quedó claro en el interrogatorio de parte, al demandante se le brindó la información necesaria para que accediera de manera voluntaria y libre al traslado de régimen pensional, si bien es cierto que este acto jurídico no se realizó con mi representada, eso no quita el hecho de que seamos conscientes de que efectivamente

**COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que la ineficacia no requiere de declaración judicial y que no fue planteada en la demanda, que solo pretendió la nulidad, por ende, el Despacho debía abstenerse de emitir pronunciamiento sobre ineficacia y de no proceder la nulidad absolver. En segundo lugar, afirmó que la Juez consideró el interrogatorio del demandante y el testimonio como las únicas pruebas, permitiendo que la parte actora fabricara su propia prueba, además, que no es obligación de las AFP explicar como se causa la pensión del RPM, donde el demandante llevaba más de 10 años, por lo que si hubo omisión en ese sentido no podía ser declarada porque la demanda se basó únicamente en presuntas falencias de las AFP, que según la jurisprudencia de la H. CSJ solo deben exponer el RAIS; en todo caso, no le es exigible al Fondo hablar de modalidades pensionales y financiamiento a quien le faltan más de 30 años para cumplir los requisitos y que no ha sido afectado por los riesgos de invalidez y muerte, aspectos que en todo caso son públicos y están en la Ley 100 de 1993. Se duele en manifestar que **COLPENSIONES** no debe soportar el retorno de un afiliado que conoce los aspectos del RAIS y que incluso indicó cuantos millones se necesitan para sufragar una pensión mínima y que luego indicó que no se le indicó el monto, además, existieron graves contradicciones con el dicho de la testigo, porque el demandante afirmó que se le explicó que es el bono pensional y la testigo lo negó, así mismo el demandante indicó que se le explicó la devolución de saldos, lo cual negó la testigo, por tanto si asistieron a la misma reunión porque indican diferentes apreciaciones, siendo claro que se cumplen los requisitos de la jurisprudencia para la validez del traslado, porque el demandante si conoce las características del

---

como quedó demostrado en el interrogatorio de parte, el señor demandante conocía todas y cada una de las ventajas, desventajas, características, inclusive tenía conocimiento de situaciones como el bono pensional, de que se trataba de un régimen de capitalización y que se afilió a OLD MUTUAL porque le aseguró mejores rendimientos, todo lo cual nos permite inferir que efectivamente conocía plenamente las características del régimen en donde está inscrito. Además, vale la pena mencionar que como quedó también demostrado, esto es un error de derecho y no de hecho, por tanto, el artículo 1509 del Código Civil indica que no vivía el consentimiento. No es posible reintegrar las cuentas descontadas por concepto de cuotas de administración, por cuanto en los términos del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dicho porcentaje se destina para una póliza de cubrimiento de seguros de invalidez y muerte y la otra para sufragar los gastos de administración en que incurre la AFP respecto del mantenimiento de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por tanto, el mencionado porcentaje se pagó a la aseguradora para cubrir dichos riesgo y también es imposible descontar los gastos de administración porque ya se usaron en el mantenimiento de la cuenta, por tanto, no hay lugar a devolverlos porque no están en las arcas de mi representada. Muchas gracias.

RAIS como aportes voluntarios, rendimiento, intereses, capital para pensión, también conoce sus ventajas como devolución de saldos o que pueden ser heredables si no hay beneficiarios, por tanto no es correcta la conclusión del Despacho que no se le dio una completa información<sup>3</sup> (02:11:45 cd fl. 180).

---

<sup>3</sup> Interpongo recurso de apelación contra la sentencia interpuesta contra su Despacho para que se revoque la sentencia de forma íntegra, en atención a lo siguiente. En primer lugar, el Despacho optó por declarar la ineficacia del traslado, jurídicamente la ineficacia no necesita pronunciamiento judicial y solo se habla de ella porque el acto jurídico nunca existió y nunca nació a la vida jurídica porque se incumplen los requisitos legales, sobre esa base, declarar la ineficacia de un acto jurídico es totalmente contrario a derecho, porque tal y como está planteada la demanda se hace ver el incumplimiento de unas obligaciones legales por parte de las AFP OLD MUTUAL y COLFONDOS, y como se indica en la demanda eso hizo incurrir en error al demandante, por tanto, la pretensión era declarar la nulidad de la afiliación del traslado y no la ineficacia, sobre esa base, el pronunciamiento que emite el Despacho es totalmente contrario a derecho, ya que si considero que el acto de afiliación y traslado era totalmente inexistente, no debió haber emitido un pronunciamiento de ineficacia porque esta opera de pleno derecho y sin pronunciamiento judicial, por lo cual solicitó que en primer lugar se revoque la sentencia porque lo que procede jurídicamente ante la pretensión que elevo la parte actora no es elevar la ineficacia sino eventualmente la nulidad, pero como no fue una de las pretensiones de la demanda lo que procedía era que el Despacho negara la ineficacia y se abstuviera de emitir condena y absolviera a todas las demandadas. Dos, indicó el Despacho que las declaraciones de parte del demandante y el testigo son las únicas pruebas válidas dentro del proceso, porque indicó la señora Juez que la declaración de la parte demandante y el testigo se evidencia lo siguiente, como si la una prueba válida para determinar la validez o no de una afiliación al RAIS es lo que diga el demandante, y me pregunto yo ¿una parte jurídicamente puede crear su propia prueba?, porque la señora Juez indicó que no existe duda de la declaración del demandante y de la testigo que a ellos no se les hablaron de como se financiaban las pensiones de invalidez y sobrevivientes, que no se habló de las modalidades de pensión, que no se habló de los gastos de administración, incluso la señora Juez hizo la manifestación de que no se evidenció de que el Fondo de Pensión hubiera explicado cómo se reconocía y pagaba una pensión en el RPM, porque COLFONDOS no le dijo que en el ISS en ese momento se cumplía un requisito de edad y de semanas y me preguntó si acaso es obligaciones de una AFP del RAIS explicar cómo funciona el RPM, si se supone que el demandante venía afiliado del RPM desde hace más de 10 años era evidente que debía conocer el funcionamiento de éste, por tanto, el desconocimiento que tenga del RPM no es imputable al fondo de pensiones y sobre esa base no se puede imputar una omisión en el incumplimiento de las obligaciones de las AFP, porque la jurisprudencia de la H. CSJ ha sido clara en indicar que los fondos deben dar información sobre las características del RAIS, de tal manera que las apreciaciones del Despacho de que no existió prueba de la asesoría sobre el RPM no constituye vicio del consentimiento. Además, indica la señora Juez que el Fondo de Pensiones debía hablar de modalidad de pensión, me pregunto yo ¿el Fondo le va a hablar de modalidad de pensiones a una persona que está a más de 30 años de pensionarse, porque en 1995 le hacían falta más de 30 años para cumplir requisitos de pensión?, entonces es obligación del fondo indicar las modalidades de pensión a alguien que está a tantos años de la edad o informarle como está financiada una pensión de invalidez o sobreviviente a quien no se le presenta el riesgo de invalidez o muerte, esas son circunstancias que el Fondo de Pensiones o incluso el ISS, en gracia de discusión, aplican cuando se presenta el siniestro bajo el cual exista la cobertura, pero es indiferente que a una persona con 30 años de antelación se le explique cómo se financia una pensión de invalidez y muerte y finalmente esos requisitos están establecidos en la Ley, y si bien el Despacho indicó que no desconoce que la Ley 100 de 1993 regula esas condiciones, no se le puede afiliar a COLPENSIONES la carga de soportar un afiliado que se traslado de forma libre de régimen pensional conociendo la totalidad de características del RAIS; porque quedó claro que el conoce las características del RAIS e incluso me atrevo a decir que el sabe cual es el capital mínimo necesario, pero desde que declaró se le notó el claro interés de hacer incurrir en error al despacho ocultando y omitiendo información, como el hecho de que declaró que dice que sabe que necesita un capital mínimo pero después dice que solo se le habló que tenía que cumplir la edad de 60 años y que no le hablaron de capital, entonces, ¿le hablaron o no de capital?, además indicó el Despacho que la testigo fue clara, pero el testigo fue totalmente contradictorio con la declaración del demandante, porque dos personas que asiste a la misma charla no pueden recibir información diferente, y eso tiene como fin hacer incurrir en error al Despacho omitiendo información, porque la testigo indicó que no le hablaron de bono pensional, pero el demandante si indicó que le hablaron de bono pensional y que sabe para que sirve, además no hay razón de porque el demandante si sabe que si no tiene requisitos para acceder a la pensión en el RAIS le devuelven los saldos y la testigo dice que nunca le hablaron de esos, además ella dijo que no le hablaron de capital y que sucedía si tenía la edad y no tenía el capital suficiente para la pensión, entonces pregunto yo ¿cuál es la base sobre la cual el Despacho indica que la declaración del testigo y la declaración del demandante son fieles, pertinentes y conducentes para darles la suficiente credibilidad para sustentar en las mismas una petición de nulidad?, cuando esta claro que el

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** manifestó que las AFP al momento del traslado de régimen pensional y de traslado de AFP no brindaron una adecuada y completa asesoría sobre las características de cada régimen y las implicaciones de su decisión, omisión por la cual procede confirmar la sentencia. Por su parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al Dr. Felipe Alberto Granados Preciado, identificado con C.C. 1.018.418.797 y portador de la T.P. 222.106 del C.S.J., a quien se le reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar el fallo apelado porque el traslado de régimen del demandante fue válido, ejercido conforme su derecho de libre escogencia, sin que pueda retornar al RPM por la restricción por edad y sin que pueda trasladarse en cualquier tiempo porque no tiene régimen de transición por semanas cotizadas. Agotado el término de traslado, las AFP demandadas se abstuvieron de presentar 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 inferirse 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 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

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

---

demandante conoce las características básicas del RAIS y en ningún momento la jurisprudencia de la H. CSJ dice que el fondo debe hablar del ISS y hacerle proyecciones pensionales del RPM; porque solo dice que debe haber información sobre características, ventajas y desventajas, y en este caso se le hablaron de características porque se le hablaron de aportes voluntarios, rendimientos, intereses, capital para pensión, también se le hablaron de ventajas como la devolución de saldos, esa es una ventaja que no tiene el RPM, si fallece y no tienen beneficiarios esos saldos entran a la masa sucesoral de herederos, que es una ventaja que no tienen el RPM, me pregunto yo ¿sobre cuál base dice el Despacho que no se dio la suficiente información?, cuando esta totalmente claro que el demandante conoce todos los requisitos y las ventajas y características del RAIS que es lo que nos interesa en este proceso, porque si conoce o no las características del RPM es algo que no está en discusión en este proceso porque se planteó la demanda de ineficacia sobre la base que los fondos privados no suministraron la suficiente información que maneja el fondo privado y no sobre la insuficiencia de información del ISS; sobre esa base, solicitó al Tribunal Superior del Distrito Judicial revocar íntegramente la sentencia y absolver a COLPENSIONES de las condenas impuestas.

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **COLFONDOS**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE** nació el 27 de agosto de 1956 (fl. 34); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** entre el 27 de agosto de 1991 y el 31 de julio de 1995, acumulando 139,86 semanas (fl. 35), sin embargo, conforme proyección de crédito acumuló en el RPM 386 semanas (fl. 58); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **COLFONDOS** el 12 de julio de 1995 (fl.174), que se hizo efectiva el 1° de agosto de 1998 (fl. 173); **iiii)** el demandante se trasladó de AFP hacia **OLD MUTUAL** el 09 de julio de 2008 (fl. 114), donde permanece afiliado, donde al 30 de agosto de 2018 acumulaba 1449,57 semanas (fl. 118vto); **v)** el 26 de marzo de 2018 **OLD MUTUAL** efectuó proyección pensional, determinando como valor máximo de mesada \$5.789.715 equivalentes al 31% del salario actual de \$18.442.925 (fl. 139 a 140).

### - **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem*



consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 consecuencia de la decisión. También indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante a través de **COLFONDOS**, en consecuencia, condenó a **COLPENSIONES** a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, ordenó a **OLD MUTUAL** entregar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación, sus frutos, rendimiento y gastos de administración, así mismo, ordenó a **COLFONDOS** a devolver los gastos de administración, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y una vez recibidos dichos valores, ordenó a **COLPENSIONES** el ajuste inmediato de la historia laboral, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **COLFONDOS**.

La apoderada de **COLFONDOS** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que las AFP cumplieron los requisitos legales al momento de las afiliaciones, sin causal de nulidad, confesando el demandante que lo hizo de forma libre y voluntaria y que pese conocer **COLPENSIONES** no retornó sino que ratificó su permanencia en el RAIS con un traslado de AFP, así mismo,

indicó que no procede devolver los gastos de administración, por cuanto ya fueron usados conforme la Ley.

El apoderado de **OLD MUTUAL** presentó sentencia y solicitó revocar la sentencia. Afirmó que el interrogatorio del demandante acredita que conoce las características, ventajas y desventajas del RAIS, además, el error de derecho no vicia el consentimiento y finalizó indicando que no procede la devolución de gastos de administración que ya fueron gastados conforme la Ley.

Por último, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Afirmó que la ineficacia no fue planteada por el demandante y no admite declaración judicial, así mismo, que se permitió a la parte actora fabricar su propia prueba, sin que la jurisprudencia de la H. CSJ exija a las AFP exponer sobre el RPM ni tampoco se le podía recriminar no exponer modalidades pensionales o el financiamiento de las pensiones cuando el actor no tenía consolidados tales derechos, por tanto, no se debe soportar el retorno al RPM del afiliado que conoce las características y ventajas del RAIS y que además incurrió en graves contradicciones con el dicho de la testigo, lo que desvirtúa la conclusión del Despacho.

Pasa el Despacho a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las

AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no se aportó prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **COLFONDOS** el 12 de julio de 1995 (fl. 174) y su posterior traslado de AFP hacia **OLD MUTUAL** el 09 de julio de 2008 (fl. 114), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, por cuanto la única prueba que se allegó fue el formulario de afiliación inicial, que por sí solo no demuestra el cumplimiento de dicho deber, por tanto, se infiere razonablemente que no se demostró que las AFP al momento del traslado de régimen pensional y de su traslado de AFP cumplieran con su deber de brindar una asesoría completa, oportuna y comprensible sobre todas las características de cada régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **ANTONIO JOSÉ GÓMEZ POSSE** en su interrogatorio hizo referencia directa a características fundamentales del RAIS, tales como la existencia de

CAIP, que los aportes son objeto de rendimientos a fin de incrementar el saldo de la cuenta, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la existencia de un bono pensional por los periodos que cotizó al RPM, la devolución de saldos, la posibilidad de heredar el saldo ante la ausencia de beneficiarios e incluso indicó el valor necesario para financiar una pensión mínima en 2017, tales afirmaciones deben ser interpretadas en el contexto en que fueron expuestas, siendo relevante que el demandante indicó que solo se le indicó de forma expresa el monto necesario para financiar una pensión hasta que fue asesorado en 2018, por lo que antes no conocía dicha información, así mismo, que no conocía porque se le solicitaba el registro civil de sus hijos, lo que permite inferir que no se le indicó de forma clara la forma como se causa la pensión y los distintos aspectos que inciden en el cálculo de su monto.

De otra parte, no le asiste razón al apoderado de **COLPENSIONES** en cuanto su afirmación de que a las AFP no les asiste el derecho de explicar las modalidades pensionales o como se amparan los riesgos de sobrevivencia y muerte en el RAIS cuando el potencial afiliado no ha consolidado las condiciones para su causación, así mismo, dicho apoderado confunde la posición jurisprudencial de la H. CSJ cuando afirmó que a las AFP no les asiste deber en explicar las condiciones y características del RPM, por cuanto de conformidad con los antecedentes normativos expuestos se tiene que el deber de información y asesoría explicando las características, ventajas y desventajas de cada régimen a fin de dar buen consejo, al punto inclusive de desincentivar su traslado al RAIS, obligaciones que no se entiende como podrían ser cumplidas si como lo dice el apoderado de **COLPENSIONES** no las AFP no deben explicar los aspectos del RPM.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **COLFONDOS** y **OLD MUTUAL** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **COLFONDOS** y **OLD MUTUAL**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de las AFP, por lo cual se confirmara dicha condena.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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 de la presunta improcedencia de la condena a **COLFONDOS** del pago de costas de primera instancia, basta indicar que se cumplen los presupuestos señalados en el artículo 365 CGP, por cuanto dicha parte resulto condenada en la primera instancia y resulta razonable el argumento señalado por la Juez de primera instancia de que fue la AFP que originó las falencias en el traslado de régimen del actor que conllevó a declarar ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral noveno 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.

ACLARO VOTO  
  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
Magistrado. ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**





República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**S03-0106-2020**

**Radicado N° 23 2018 00662 01**

Bogotá treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLFONDOS S.A., contra la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2019, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor incluyendo rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones.

**I. ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA**

**HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que el demandante nació el 1° de diciembre de 1960, que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones de manera interrumpida entre el 21 de octubre de 1976 y el 31 de mayo de 1966 cotizando un total de 144.14 semanas, que el 30 de mayo de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Colfondos. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no lo asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado y que nunca le informaron que al cumplir 52 años de edad estaría incurso en la prohibición legal de regresar al RPM. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y cotizaciones efectuadas a esta entidad, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación (fls. 96 a 103).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, el traslado y la solicitud presentada por el demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos, buena fe y prescripción (fls. 126 a 134).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor incluyendo rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y declaró que el demandante se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional. **TERCERO:** DECLARAR que el demandante HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas. **CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. **SEXTO:** ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de consulta ante el superior, en razón que las pretensiones son adversas a Colpensiones”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y las AFP tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el traslado de régimen del actor es ineficaz.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la demandada Colfondos S.A. pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que en el presente asunto no se causó perjuicio alguno al demandante con el traslado, pues la diferencia de la mesada pensional entre uno y otro régimen no es superior a cincuenta mil pesos, por lo que no se dan los presupuestos definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la ineficacia. Subsidiariamente solicita que no se ordene la devolución de los valores descontados por gastos de administración, pues de todas formas la entidad realizó una gestión de administración de los recursos del actor para que éstos generaran un rendimiento y por ello ordenar la devolución de rendimientos y gastos implicaría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, quien se beneficia de la gestión pero no retribuye en manera alguna la gestión del Fondo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “De manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir con base en las siguientes razones, para que el honorable Tribunal se sirva revocar los numerales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia que acaba de proferir. Primero quiero iniciar señalando que el recurso se circunscribe en primer punto a que en este caso particular no se dan los presupuestos para que se declare la ineficacia de la afiliación, conforme se expuso en los alegatos de conclusión específicamente por cuanto no hay una afectación de tipo económico en cuanto a la mesada pensional que reconoce el Régimen de Ahorro Individual frente al Régimen de Prima Media en este caso particular la cual es una diferencia de menos de cincuenta mil pesos, segundo y al no estar este presupuesto que ha marcado la Corte Suprema de Justicia, pues no se dan los demás fundamentos de la línea jurisprudencial para que se declare la ineficacia, y segundo, si el honorable Tribunal decide reiterar o ratificar esta decisión para que se revoque el numeral segundo, específicamente en lo que tiene que ver con comisiones de administración, la comisión de administración es aquella que cobran las administradoras de fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado el demandante al Sistema

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, pide que se revoque la decisión de primera instancia, pues no se dan los presupuestos para disponer el regreso del demandante al RPM.

---

General de Pensiones la AFP ha descontado un 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, seguro que se encuentra debidamente autorizado por el artículo 20 modificado por la Ley 797 del 2003 y que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media, durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado al fondo de pensiones obligatorias administrados por Colfondos, mi representado ha administrado los dineros que el mismo ha depositado en su cuenta de ahorro individual, gestión que se ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, pues Colfondos es una entidad financiera, experta en la inversión de los recursos de sus afiliados, adicionalmente dicha gestión de administración se ve evidenciada en los rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual del demandante, los cuales se pueden observar en el movimiento o detalle que se adjuntó como prueba en la contestación de la demanda, conforme lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil que habla de los efectos de la declaratoria de la nulidad, la nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo previsto sobre objeto, causa lícita, de la restitución mutua que hayan de hacer los contratantes en virtud de este pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de las especies o su deterioro de los intereses y frutos y del abono de las mejoras útiles o necesarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y posesión de buena fe o mala fe de las partes, todo ello, según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo, hasta acá la cita, en este orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende Colfondos nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de la restitución mutua y del abono de las mejoras, con base en esto debe entenderse que se declare una ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras y por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena administradora de fondo de pensiones y el fruto o mejora la comisión de administración debe conservarse porque definitivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado, así las cosas se puede hablar de unas prestaciones establecidas que no pueden descontarse sobre todo cuando se trata de contratos que tiene que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría del hecho privado mediante la restitución completa de los frutos que uno u otro hubiera recibido se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la administradora de fondos de pensiones y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se hubiera descontado, nunca debieron haber existido dichos rendimientos, la teoría de las prestaciones acaecidas que no puede desconocerse fue puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en la sentencia con radicado 31989 del 31 de septiembre de 2008 magistrado Eduardo López Villegas, finalmente es menester poner de presente que en este caso que se ordena a Colfondos devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y lo descontado por costos de administración se está constituyendo en un enriquecimiento si causa a favor del demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena gestión administrada por mi representada sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada haciendo así una interpretación no acorde a la constitución y la ley en detrimento del patrimonio de mi representada vulnerándose el derecho a la igualdad, privilegiando de manera injustificada una de las dos partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por mi representada, en mérito de lo expuesto le solicito señor juez me conceda la apelación para que el honorable Tribunal se sirva revocar la sentencia proferida”

Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues la AFP demandada no probó el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La apoderada de la AFP demandada no presentó alegatos de conclusión.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 1° de diciembre de 1960 (fl. 20); **ii)** que estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de octubre de 1976 hasta el 31 de mayo de 1996 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 144.14 semanas (fl. 64); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A. el 30 de mayo de 1996 (fl. 135); **iv)** que el 15 de junio de 2018 radicó ante Colfondos solicitud de nulidad del traslado de régimen, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 77 a 79 y 83 a 84); **v)** que el 12 de junio de

2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 75 y 76).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección 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. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, 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 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 la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, 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.

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 SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor HECTOR DE JESUS LEGUIZAMON LEGUIZAMON se trasladó a la AFP Colfondos el 30 de mayo de 1996 (fl. 135), y que



con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 audio 2 min. 01:49) y por la representante legal de la AFP demandada (CD. 2 audio 2 min. 15:29), pues por un lado la representante legal manifestó que el único soporte de la afiliación es el formulario, porque para esa época no se realizaban proyecciones de pensión y se informó a través de medios masivos de comunicación que los afiliados podían regresar al RPM antes de que les faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión. Por su parte, el demandante solo refirió que lo único que le habían dicho era que el ISS se iba acabar y que podría acceder a una pensión más alta, pero no le dieron información detallada ya que la explicación se realizaba en una reunión general donde no se daban muchos detalles.

También se recibió el testimonio de ABDON BORDA BELTRAN (CD. 2 audio 2 min. 9:37), quien manifestó haber trabajado en Gecolsa con el demandante y constarle que el traslado de régimen pensional se dio cuando el fondo de pensiones a través de reuniones generales les dijo que el ISS se iba terminar y las condiciones pensionales que ofrecían eran más favorables, pero que en manera alguna les dieron información detallada y concreta sobre las implicaciones de trasladarse.

Por lo anterior y dado que la AFP demandada no aportó pruebas tendientes a acreditar el cumplimiento del deber de información, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retrotraer las cosas al estado en que se

encontraban, acarreando para COLFONDOS S.A. la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, pues aun cuando la AFP demandada aduce en el recurso que no es procedente la devolución de los gastos de administración, esta consecuencia está claramente definida por la jurisprudencia, entre otras en sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referente a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo y dado que el juez de primera instancia no ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, se adicionará la decisión en este sentido.

En relación con el traslado de los recursos de la AFP Colfondos S.A. a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia y se autorizará a Colpensiones para que obtenga, por las

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo 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, se declara no probada.

Sin costas en la apelación.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADCIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de **ORDENAR** a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar la historia laboral, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

**CUARTO: SIN COSTAS** en la apelación.

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

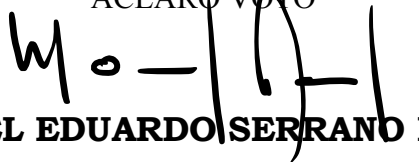
**Magistrado**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

**Magistrada**

ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



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

**S03-0116-2020**

**Radicado N° 27-2018-00465-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas y a reactivar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP demandada (fl. 113 a 114, 35:29 cd fl. 112).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 32 a 37).**

**ONEYDA TORRES SANTAMARÍA** solicitó declarar ineficaz su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a dicha AFP a trasladar el saldo de la CAIP y sus rendimientos, así como ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante al RPM, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que cumplió 57 años el 09 de febrero de 2018; que se afilió al extinto ISS desde junio de 1978; que en enero de 2004, se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que solicitó a la AFP una proyección de su mesada pensional, la cual se realizó en abril de 2018 y que indicó un valor de un (1) smlmv, monto que no varía de o no de cotizar, suma muy inferior a la que le correspondería en el RPM, por lo que el 13 de junio de 2018 radicó ante la AFP y **COLPENSIONES** solicitó su retorno al RPM, petición que rechazó la Administradora el 18 de junio de 2018 y la AFP el 20 de junio de 2018.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado del RPM al RAIS y que negó su solicitud de retorno al RPM. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP, sin embargo, fue la demandante quien de forma voluntaria firmó su afiliación al RAIS, aceptando las condiciones propias de dicho régimen, sin que para la fecha del traslado estuviera vigente el deber de asesoría, así mismo, que no puede retornar al RPM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fl. 44 a 57).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que negó su solicitud

de retornó al RPM. Indicó que sus asesores brindaron asesoría sobre el RAIS, la forma de consolidación de la pensión, la distribución de los aportes, bono pensional, factores que inciden en el calculo de la mesada y en general todos los aspectos de dicho régimen, conforme las exigencias normativas vigentes para la fecha, tras lo cual firmó el formulario de afiliación con la manifestación expresa de haber sido asesorada, sin que pueda alegar válidamente el desconocimiento de la Ley y sin acredite ninguna causal de nulidad y sin que pueda invertirse la carga de la prueba conforme el artículo 835 CCo y sin que aplique el precedente jurisprudencial por cuanto los supuestos fácticos del caso difieren de los estudiados por la H. CSJ. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 81 a 88).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 113 a 114, 35:29 cd fl. 112)**

El 25 de octubre de 2019 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ONEYDA TORRES SANTAMARÍA del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ONEYDA TORRES SANTAMARIA, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ONEYDA TORRES SANTAMARIA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*



**CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y ERROR DE DERECHO NO VICIA EL CONSENTIMIENTO* formuladas por COLPENSIONES y las de *FALTA DE CAUSA PARA PEDIR E INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES EN LA AFILIACIÓN, BUENA FE y PRESCRIPCIÓN*, formuladas por PORVENIR por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2.000.000.00 como agencias en derecho.. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si es ineficaz el traslado del RPM al RAIS de la demandante para establecer si le asiste el derecho del retorno y traslado de aportes, rendimientos y bonos de su CAIP al RPM.

Para resolver indicó que en el formulario de afiliación suscrito en enero de 2004 aparece la manifestación firmada por la demandante de que escogió de forma libre, espontánea e informada al RAIS, sin que la AFP acredite la correcta asesoría al momento del traslado, carga de la prueba que le corresponde conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por cuanto la única prueba es el formulario de afiliación y sus formas preestablecidas, que por sí solas no demuestran el consentimiento informado. Señaló que la obligación de información y asesoría no sufre variación si el afiliado tiene o no régimen de transición, por cuanto es un deber que se debe cumplir por sí mismo, que al no demostrarse conllevó a declarar ineficaz el traslado. Ordenó a la AFP devolver todos los valores que recibió con ocasión de dicha asesoría, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos conforme el artículo 1746 CC, debiendo **COLPENSIONES** recibir dichos valores y reactivar su vinculación. Frente la prescripción, indicó que si antes acogió el criterio de la prescripción desde que se advierte el perjuicio derivado del traslado del régimen, la H. CSJ aclaró que éste no opera porque la ineficacia de traslado tiene conexión con un derecho imprescriptible y se trata de una pretensión declarativa. Declaró no probadas las excepciones relativas a la nulidad porque indicó que se

declaró la ineficacia sino la nulidad. Condenó en costas a la AFP porque fue la que originó la ineficacia

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR** solicitó revocar la sentencia. Indicó que el acto jurídico de traslado de régimen no está afectado, por cuanto no se incurrió en prohibición legal, la demandante no tenía adquirido derecho alguno cuando se efectuó, no hubo vicio del consentimiento y reafirmó su permanencia por el tiempo cotizado al RAIS. Afirmó que es la demandante quien debe acreditar sus pretensiones, que el error de derecho no vivía el consentimiento, que al momento del traslado era imposible establecer que régimen le era más favorable, por cuanto no había cumplido ningún requisito de causación de pensión en el RPM y no tenía régimen de transición, que no se retractó en el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 y que la jurisprudencia no puede sostener el concepto equivocado de que el error de derecho vicia el consentimiento y aplicar a las AFP requisitos no vigentes al momento del traslado<sup>1</sup> (37:11 cd fl. 112).

---

<sup>1</sup> Estando dentro del término legal, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación contra la anterior providencia para que los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá revoquen la sentencia aquí proferida y en su lugar absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra. Se evidencia que no se encuentra afectado el acto de libre traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante porque con la demandante no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, porque en el momento en que la demandante realizó su traslado no había adquirido derecho alguno y su consentimiento fue libre y voluntario, más aún cuando no es beneficiaria del régimen de transición y su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual se reafirma con el gran número de semanas cotizadas con posterioridad a su afiliación. Por otro lado, respecto de los vicios del consentimiento de la demandante, no aportó pruebas pertinentes porque tenía la carga procesal de hacerlo como parte demandante según lo dispone el artículo 167 CGP y no simplemente como lo hiciera alegando el deber de información. Así las cosas, las consecuencias del traslado de régimen las consagró la Ley 100 de 1993, por ello cualquier duda interpretativa de la norma constituye un error de derecho que conforme el artículo 1509 CC no tiene alcance para viciar el consentimiento. De esta forma, resulta claramente imposible para cualquier persona establecer de forma cierta si en el momento del traslado le era conveniente su afiliación en uno u otro régimen pensional, pues solo resulta conveniente mantener la vinculación en el RPM siempre y cuando cumpliera al menos uno de los dos requisitos para alcanzar la pensión en ese régimen incluso, podría considerarse conveniente la permanencia en el RPM de quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la pensión, como lo son los de régimen de transición y en ninguno de esos dos casos se encontraba la demandante, toda vez que para la fecha en que decidió su traslado le faltaban más de 15 años para alcanzar la edad reglamentaria de acceso a pensión en el RPM, por lo que resulta imposible para la AFP informar sobre la conveniencia cierta de permanecer en uno u otro régimen pensional, más cuando la demandante tuvo la posibilidad de retractarse del traslado, con la expedición del Decreto 3800 de 2003, para cuya aplicación se expidió la circular 1° de 2004 de la Superintendencia Bancaria, brindando amplia información en medios de comunicación, además, no sobra aclarar que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables frente a otro y por eso el ordenamiento jurídico permitió al afiliado escoger y de no haber realizado ello, tiene restricciones sobre las cuales se ha pronunciado la Corte Constitucional, sin que se pueda invalidar por vía jurisprudencial bajo el concepto equivocado de que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico, imponiendo retroactivamente a la AFP requisitos u trámites que las normas no contemplaban para la época de la afiliación. De esta manera, dejo sentado mi recurso de apelación rogándole al honorable Tribunal revocar la sentencia aquí proferida.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar las condenas en su contra. Señaló que el error de derecho no vicia el consentimiento, que el tiempo saneo cualquier vicio, que no demostró ninguna coacción en su traslado, que se efectuó con el lleno de los requisitos legales, que la demandante esta incurso en la prohibición legal de traslado por edad y que los recursos del RPM son públicos y que permitir el traslado simplemente porque se alega una mejor mesada conlleva a la insostenibilidad del régimen<sup>2</sup> (39:45 cd fl. 112)

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

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia por cuanto la ineficacia derivó del incumplimiento del deber de asesoría y buen consejo por parte de la AFP al momento del traslado, sin que se pretenda su nulidad y sin que afecte la sostenibilidad financiera. La demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. Andrés Zahir Carrillo Trujillo, identificado con CC 1.082.915.789 y portador de la TP 267.746 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia por cuanto no existió causal de nulidad del traslado, se aplicó de forma desproporcionada la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la AFP y el traslado al RPM afecta su sostenibilidad financiera, de forma subsidiaria, solicitó la devolución de todas las sumas de la CAIP indexadas.

---

<sup>2</sup> Señoría, siendo el momento oportuno me permito presentar recurso de apelación para que sean los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá quienes revoquen, si así lo consideran, el auto que ordena a Colpensiones traer nuevamente a la señora al régimen de prima media y recibir los aportes de la AFP. Lo basó en que estamos ante un error en un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento, cualquier vicio que hubiese habido en el contrato de la señora Oneyda tenía 4 años para haberlo alegado y ella duró más de 15 años en el RAIS, saneando cualquier tipo de vicio que se hubiese podido creado, por esto, no es nulo el traslado. No se demostró ninguna coacción, el traslado se hizo de manera libre y voluntaria y cumpliendo todos los requisitos legales, lo cual lo hace eficaz, nuevamente sostengo que no se puede trasladar a la señora porque esta incurso en una prohibición legal, por último, se lo dejo sentado a los señores magistrados, recordarles que los dineros del RPM son dineros públicos, dineros que son de pensiones subsidiadas y si nos ponemos a trasladar a las personas que no están conformes con su pensión, porque consideran que pueden recibir una mejor mesada obviando que escogieron, con es su derecho, estar en un régimen u otro, si se traen por este motivo se crea un hueco en el sistema, que hace que el RPM y COLPENSIONES no lo puedan soportar, acabando así este régimen, por eso solicitó a los honorables magistrados que revoquen el auto que ordena a COLPENSIONES a traer nuevamente la señora al régimen de prima media y recibir los aportes de la AFP. muchas gracias su Señora.

## 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 inferirse 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 CPT y de la SS, 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 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **ONEYDA TORRES SANTAMARÍA** nació el 09 de febrero de 1961 (fl. 9, 58); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 05 de junio de 1978 al 29 de febrero de 2004, acumulando 835,29 semanas conforme su historia laboral (fl. 58); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 22 de enero de 2004 (fl. 102), el cual se hizo efectivo el 1° de marzo de 2004 (fl. 94), donde permanece actualmente afiliada.

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP, ordenó a **COLPENSIONES** a recibir dichas sumas y a reactivar la afiliación de la demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP demandada.

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que la validez del traslado no se afectó porque no se incurrió en prohibición legal, no existía

derecho adquirido de la demandante, no hubo vicio del consentimiento, que le era imposible a la AFP en dicho momento establecer el régimen más favorable, que la demandante no acreditó sus pretensiones y que la jurisprudencia no puede aceptar que el error de derecho vicia el consentimiento ni requerir a las AFP requisitos no vigentes al momento del traslado.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar las condenas en su contra. Afirmó que el error de derecho no vicia el consentimiento, que el traslado se realizó conforme Ley, que la demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento, que su retorno está prohibido por la restricción por edad y que aceptar el mismo afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Pasa el Despacho a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la

sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR** el 22 de enero de 2004 (fl. 102), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que la demandante **ONEYDA TORRES SANTAMARÍA** durante en su interrogatorio hizo referencia a algunas características del RAIS, como lo es la posibilidad de pensionarse antes de la edad exigida en el RPM y la devolución de saldos, sin embargo, tales manifestaciones no equivalen a la prueba de una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ni tampoco se allegó prueba alguna de que recibió dicha asesoría con posterioridad, por cuanto la misma no puede inferirse de los comunicados de prensa acerca del periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 (fl. 100 a 101).



Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia de declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

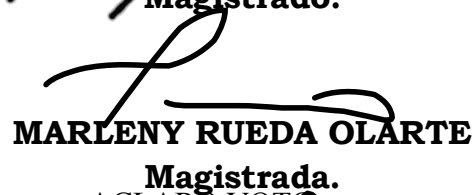
**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores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

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado.**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**Magistrada.**

ACLARO VOTO  
  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**  
**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Rueda Olarte', written over a horizontal line.

**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**C03-0037-2020**

**Radicado N° 33-2018-00054-01**

Bogotá, treinta (30) de septiembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el grado jurisdiccional de consulta de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas, verificar si existen diferencias a cargo de la AFP y a reactivar la afiliación del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP (fl. 140, x cd fl. 141).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (fl. 4 a 24).**

**JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ** solicitó declarar la nulidad de su traslado de régimen del RPM al RAIS a través de su afiliación a la **PORVENIR**, en consecuencia, condenar a dicha AFP a trasladar el

saldo de la CAIP y sus rendimientos, así como ordenar a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante al RPM y actualizar su historia laboral, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al extinto ISS desde el 04 de diciembre de 1985; que el 07 de noviembre de 2000 se trasladó del RPM al RAIS al afiliarse a **PORVENIR**, sin que dicha AFP le hubiera suministrado información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada; que solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado y retornó al RPM, petición que rechazó la Entidad el 24 de enero de 2018.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS y que negó la solicitud de nulidad y retorno al RPM. Indicó que no le constan los hechos relativos a la AFP, que se observa que el demandante se afilió de forma voluntaria a la AFP, sin que ello afectara un derecho cierto o expectativa legítima, por lo cual no está en los casos en los que se ha permitido el traslado, el cual es improcedente por la restricción por edad, así mismo, que el deber de realizar proyecciones por la AFP no estaba vigente a la fecha del traslado y no puede alegar la ignorancia de la Ley a su favor. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fl. 64 a 75).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS. Indicó que brindó una completa asesoría sobre el RAIS previo al traslado y le ofreció la posibilidad de una simulación, la cual ha permanecido durante toda la afiliación, luego de lo cual la actora firmó la manifestación de haber recibido una completa asesoría en su formulario de afiliación, que no se observa causal de nulidad y que le corresponde a la demandante acreditar la culpa que alegó de la AFP conforme el artículo 835 CCo,

sin que apliquen las sentencias de la H. CSJ porque los supuestos fácticos de dichos casos son distintos al de la demandante. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 101 a 108).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 140, x cd fl. 141)**

El 15 de octubre de 2019, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la cual resolvió:

*“(...) PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con ello la afiliación realizada por JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ el 7 de noviembre de 2000, con fecha de efectividad el 1 de enero de 2001 a PORVENIR S.A.*

***SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. autorizar el traslado del DTE JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 13,844,599, al RPM y enviar a COLPENSIONES el valor de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del DTE a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos.*

***TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES aceptar el traslado del DTE JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía 13,844,599, al RPM junto con los respectivos aportes, para lo cual se conmina a Colpensiones a realizar las operaciones aritméticas que conlleven a determinar si existieron diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y lo que se habría obtenido en el RPMPD, cuyo pago surgirá del propio patrimonio de Porvenir, incluyendo las cuotas de administración.*

***CUARTO: COSTAS** quedarán a cargo de la AFP demandada, como agencias en derecho fíjese para PORVENIR S.A. TRES (3) SMLMV.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, planteadas por las demandadas.*

***SEXTO:** En caso de no ser apelada la presente providencia se ordena remitir el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para surtir el grado jurisdiccional de consulta. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si existió un vicio del consentimiento en el contrato

suscrito entre la AFP y el demandante y si como consecuencia de ello hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS, para que los aportes sean trasladados al RPM junto con sus rendimientos.

Para resolver indicó que el Decreto 663 de 1993 impuso el deber de información, que se reafirmó con la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, por su parte, la H. CSJ, quien concluyó que la AFP debe asesorar sobre las características de cada régimen y las consecuencias particulares del traslado pensional, so pena de que no exista libertad en la selección del régimen, sin que el solo formulario acredite el cumplimiento de dicho deber, el cual debe demostrar la AFP, pero en el caso concreto hubo confesión ficta contra la AFP por no asistir a la audiencia de conciliación, sin que aporte prueba que desvirtúe tal confesión, además el demandante no tiene el conocimiento técnico sobre la operación del RAIS y el RPM para por sí mismo establecer la conveniencia del traslado y sin que deba tener una expectativa legítima o ser del régimen de transición para exigir el cumplimiento del deber de información y buen consejo, quien además aportó dictamen pericial, el cual señaló que a la fecha de traslado, en 2001, se podía establecer aritméticamente el posible escenario de pensión en ambos regímenes, siendo menos favorable el RAIS en cuanto al monto de la misma, pese lo cual no se le informó ello. Indicó que al declarar la nulidad del traslado, no se aplican las consecuencias del acto nulo y, por ende, cualquier diferencia entre el monto que devuelva la AFP y el que se hubiera ahorrado en el RPM debe asumirla la AFP, quien tampoco podrá acceder a los beneficios del acto nulo como gastos de administración, que deben ser trasladados a **COLPENSIONES**, quien debe reactivar la afiliación al RPM. No decretó prescripción.

### **III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia ya que la AFP no acreditó su deber de información y buen consejo, lo que conlleva la ineficacia del traslado. La demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad



CAL & NAF ABOGADOS SAS, identificada con Nit 900.822.176, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder al Dr. Iván Darío Blanco Rojas, identificado con CC 80.221.256 y portador de la TP 205.113 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto afirmó que el demandante no puede retornar al RPM por la restricción de edad, no se acreditó causal de nulidad, se aplicó de forma desproporcionada la prueba en perjuicio de la AFP y el traslado al RPM afecta su sostenibilidad financiera.

#### **IV. 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 inferirse 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 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

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

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i)* el demandante **JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ** nació el 24 de julio de 1955 (fl. 33); *ii)* el demandante estuvo

afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 04 de diciembre de 1985 al 31 de octubre de 2000, acumulando 767,43 semanas conforme su historia laboral (fl. 76); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 07 de noviembre de 2000 (fl. 112), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2001 (fl. 110), donde a septiembre de 2017 acumulaba 1580 semanas (fl. 43), donde permanece actualmente afiliada.

**- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

La característica fundamental del marco normativo de la libre selección de régimen pensional se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el artículo. 114 *ibidem* consagró los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, 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.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para 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 precisó que las AFP, 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 la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

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 y SL1421 de 2019, 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 indicó 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.

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, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante afiliación a **PORVENIR**, en consecuencia, condenó a dicha AFP a

trasladar a **COLPENSIONES** las sumas de la CAIP y sus rendimientos, ordenó a **COLPENSIONES** recibir dichas sumas, verificar si existen diferencias a cargo de la AFP y a reactivar la afiliación del demandante, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP.

Pasa el Despacho a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que 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 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que

un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS con la afiliación a **PORVENIR** el 07 de noviembre de 2000 (fl. 112), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Corporación que el demandante **JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ**, durante en su interrogatorio, manifestó que se trasladó de forma voluntaria a la AFP demandada, sin embargo, tal respuesta no puede ser apreciada de forma ajena al contexto de la declaración, por cuanto el demandante indicó que no se le indicaron los aspectos propios del RAIS, de los cuales se le informó cuando en 2017 fue a averiguar el monto de su eventual mesada y que le fueron explicados al momento en que se realizó una proyección pensional respecto de su posible pensión en ambos regímenes, así mismo, allegó dictamen pericial (fl. 46 a 59) efectuado por el Dr. Vidal Arturo Castelblanco, quien rindió informe en audiencia y señaló que si era viable en el año 2001 establecer, de forma aproximada y considerando valores financieros históricos y la expectativa de vida certificada, que en condiciones iguales la futura pensión del demandante en el RAIS es del 15% de la pensión que le correspondería en el RPM, información que indicó el demandante no le fue brindada, sin que se aportara prueba alguna por parte de la AFP de brindar una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala modificará la decisión en primera instancia para declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba,

acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, por el tiempo de vinculación del actor, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP, por lo cual se confirmará dicha condena.

Respecto de la precitada obligación a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para cumplir dicha obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en tal sentido en el pasado ya que este no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** se encuentra facultada para 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.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron todas las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 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, se declara no probada

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 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 del RAIS RAIS al RPM que realizó el demandante **JOSÉ ANTONIO TRILLOS MÉNDEZ** mediante su afiliación a **PORVENIR** el 07 de noviembre de 2000, conforme la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral séptimo 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 pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

**TERCERO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

**CUARTO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**  
Magistrada.  
ACLARO VOTO



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

**Magistrado.** ACLARO VOTO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Aunque hasta la fecha me apartaba parcialmente de lo resuelto por la mayoría de la Sala en lo que tiene que ver con la DECLARACION que se adiciona en la parte resolutive en la que se indica que bien puede COLPENSIONES, obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin reservas, originados en la omisión de los fondos, en un nuevo análisis y acogiendo el criterio de la mayoría de la Sala, considero que al ser una declaración y no imponer condena alguna, no surge innecesaria, ni menos aún incide que no se haya discutido en el proceso, luego en adelante este es mi criterio al respecto recogiendo el salvamento anterior.

  
**MARLENY RUEDA OLARTE  
MAGISTRADA**