



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SOVIET SOCORRO RINCKOAR REYES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A Y OLD MUTUAL S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 003 2019 00700 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de julio de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la actora, debido a que la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en su artículo 2 Ley 797 de 2003, aunado solicitó se aplique el principio de sostenibilidad financiera, ya que esta da soporte a la validez de las prohibiciones legales de traslado establecidas en la Ley 100 de 1993, el Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que el traslado que a realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, en cuyo forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo tal documento prueba de la libertad de afiliación.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida en primera instancia al considerar que el traslado que realizó la actora a las AFP, se efectuó mediante engaños, sin que se pudiera acreditar que se hubiera recibido una asesoría clara, idónea y oportuna acorde a lo establecido en la sentencia 4462 de 2019.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, en el año 1996, así como también los traslados que efectuó posteriormente a Skandia S.A., y Colfondos y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada y cotizando para pensión en el Seguro Social desde el 6 de marzo de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1996, fecha en que se trasladó a Horizonte S.A. sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión, posteriormente se trasladó a Skandia.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado números 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014 y 68852 del 3 de abril de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias sin que en el acervo probatorio se demuestre que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de la afiliación que llegue a invalidar la misma. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, proporcionalidad, ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que no se aportan elementos de prueba que permitan concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal B del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de precepción, cobro de lo no debido y buena fe.

SKANDIA S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la afiliación que realizó la actora con la AFP gaza de plena validez ante la ley, sin que se presente ningún vicio del consentimiento, debido a que fue un acto voluntario con el respectivo fondo, que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, genérica y pago.

COLFONDOS S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la entidad si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se asesoró de las características de dicho régimen. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de

vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

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

Con sentencia del 29 de julio de 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante SOVIET SOCORRO RINCKOAR REYES del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A realizado el 19 de septiembre de 1996, así como la ineficacia de los traslados horizontales realizados con posterioridad de HORIZONTE S.A. a PORVENIR S.A., de PORVENIR S.A a SKANDIA S.A., de SKANDIA S.A. a PORVENIR S.A., y el 10 de mayo de 2002, de COLFONDOS S.A. a ING S.A., el 14 de diciembre de 2007, y finalmente a PORVENIR S.A., para entender vinculada a la Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante SOVIET SOCORRO RINCKOAR REYES por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectuó PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante SOVIET SOCORRO RINCKOAR REYES, como si nunca se hubiese trasladado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.*

*CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las Demandadas, conforme los considerado en la parte motiva.*

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a cada una de las Demandadas, las que se tasan en la suma de NOVECIENTOS MIL (\$900.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una, conforme la parte motiva.*

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la carga dinámica de la prueba está a cargo de los fondos pensionales, ya que estos tienen la obligación de demostrar que brindaron una información veraz, clara y oportuna sobre las ventajas y desventajas de estar en uno y otro régimen, sin que el formulario de afiliación demuestre que se brindó dicha información, por lo que en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la totalidad de la sentencia con fundamento en que al momento en que se realizó el traslado de la actora con Horizonte hoy Porvenir, esto es en el año 1996, no existía la obligación de brindar una asesoría específica o doble asesoría como la que existe hoy en día, esto de conformidad al concepto de la Superintendencia Financiera Rad. 2015123910 del 19 de diciembre de 2015, en consecuencia señaló que la AFP cumplió con los requisitos para la normatividad vigente al momento del traslado pensional que estaban en el Decreto 656 de 1994, por lo que en el presente caso se considera que no debió ser valorado una ineficacia del traslado, adicionalmente reitero lo expuesto en los alegatos de conclusión conforme a lo establecido en la sentencia SL 3752 del 2020, sobre los traslados horizontales que son verdaderos actos de relacionamiento, ya que se presentaron más de 4 traslados, lo que denota una voluntad de permanecer en el régimen, sin que existiera una inconformidad por parte de la demandante sobre la administración que realizaba la AFP sobre sus aportes.

Finalmente, indico que frente al numeral segundo de la parte resolutive del fallo, la cual condena a la devolución de los gastos de administración manifestó que dichos gastos no fueron descontados de manera arbitraria o para lucrarse por parte de la AFP sino que fueron aplicados en cumplimiento de un deber legal establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el cual establece los porcentajes y los montos en los cuales se debe repartir los gastos de administración, por lo que los mismos fueron destinados por la Administradora a la financiación de todos los fondos, no siendo procedente

su devolución, así las cosas solicitó se revoque la sentencia de primera instancia.

La apoderada de COLFONDOS, interpuso recurso de apelación frente a la condena en costas, con fundamento en que al revisar la parte considerativa del fallo se encuentra que la actora siempre estuvo vinculada entre Porvenir y Skandia, sin que exista una fecha exacta en la cual la actora indique que estuvo afiliada a Colfondos, teniendo en cuenta lo anterior solicitó se revoque la condena en costas.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra la sentencia de primera instancia con fundamento en la sostenibilidad financiera única y exclusivamente bajo sobre el capital de los cuales la demandante ha hecho cotizaciones al sistema general de la seguridad social, teniendo en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2005, se hace manifestación en este punto de cuáles son las contribuciones que pudo haber generado la actora en los 20 años que estuvo en otro fondo pensional, señaló que bajo el principio de igualdad no existe ningún tipo de igualdad material para efectos de las contribuciones que la misma ostenta, no obstante si se va a estar beneficiando de un régimen en el cual su propia pensión será una prestación superior al salario mínimo, por otro lado indicó que en cuanto a la condena en costas no se puede castigar a un cumplimiento de un deber legal ya que el Fondo no puede desconocer la Ley 100 de 1993.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencian formularios de afiliación a PORVENIR S.A., el 19 de septiembre de 1996, el 31 de mayo de 2007 y el 14 de octubre de 2010, posteriormente a SKANDIA S.A el 31 de agosto de 2006 y a Colfondos el 28 de octubre de 2010.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., le suministraron el formulario de afiliación que solo firmó sin ningún tipo de asesoría posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., Skandia S.A., que en su lugar de trabajo le informaron que tendría mejor rentabilidad y por tal motivo firmo formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Ahora bien, en cuanto a la inconformidades expresadas por los recurrentes en relación a la imposición de costas a las demandadas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEIDA MARIA GOMEZ MARCIALES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 004 2019 00797 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentados por los apoderados de Colfondos S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de abril de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderada judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que si la actora hubiese recibido asesoría, buen consejo e información, no hubiera efectuado libre y voluntariamente el traslado de régimen a Colfondos, debido que el régimen le afecta sus derechos prestacionales, máxime si se tiene en cuenta que en el evento de que la demandante continuara en el Régimen de Prima Media ya hubiese colmado su primer requisito del número mínimo de semanas cotizadas.

COLPENSIONES., manifestó que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado que realizó la demandante al régimen ahorro individual en el año 1995 a la AFP Colfondos, toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la actora desde el inicio se afilió de forma libre y voluntaria teniendo como cierto el formulario de afiliación en la cual se señala todas las ventajas y desventajas de ese régimen y las cuales fueron aceptadas, ya que no se evidencia el derecho de retracto por inconformidad alguna y si guardo silencio por más de 20 años en pro de la aceptación de la información brindada por parte del asesor del fondo privado.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, 5 de diciembre de 1995 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 24 de mayo de 1966, que cotizó al Seguro Social desde el 4 de julio de 1990, señaló que en el año 1995, se afilió a Colfondos S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1,48, 53 y el preámbulo de la Constitución Política de Colombia, los artículos 3, 4 y 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 21 de la Ley 795 de 2003, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Decreto 2071 del 2015, Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda visible a folios 88 a 118, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante realizó el traslado al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, por lo que el contrato de afiliación es plenamente valido, sin que se encuentre inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o

ineficacia. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad SUI GENRIS, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicio el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 152 a 163, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que se brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción, compensación y pago.

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

Con sentencia del 8 de abril de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD o INEFICACIA DE LA AFILIACION que hiciera la demandante Leída Gómez al RAIS que en su caso administran las AFP COLFONDOS S.A, para tenerla válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de pensiones-COLPENSINES.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías COLFONDOS SA a trasladar COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración y comisiones.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.*

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

*QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas COLFONDOS S.A, fíjense las agencias en derecho en un salario mínimo mensual vigente.*

*SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a favor de COLPENSIONES”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, con fundamento en que se están afectando los intereses del fondo y la descapitalización del sistema, poniendo en riesgo las pensiones de las personas que durante toda su vida laboral han realizado cotizaciones al Régimen de Prima Media esto con fundamento en la sentencia T-489-2010, aunado señaló se observa que fallo la AFP de brindar información, por lo que debería ser el fondo privado el que asuma el estudio del reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media, así las cosas solicitó se revoque la sentencia de primer grado.

A su vez el apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación parcial en relación al numeral segundo en lo referente a la devolución de gastos de administración y rendimientos, teniendo en cuenta que no tiene una razón jurídica de devolverse, ya que no se puede desconocer las situaciones fácticas que rodearon el traslado, ya que la afiliación supera los 20 años de estar la actora con la AFP que produjeron efectos jurídicos válidos, que han generado rendimientos, por lo que no sería procedente dicha devolución, ya que la AFP cumplió con el deber de administrar la cuenta de la demandante, resaltó que son gastos privados se les debe dar aplicación al artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral de la prescripción.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de*

*los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

Del documento visible en el expediente a folio 27 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., el 5 de diciembre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo se acercó un asesor de Colfondos S.A, de forma general le indicó que el Fondo privado ofrecía facilidades para poderse pensionar, no siendo el Instituto de Seguro Social el fondo ideal ya que los recursos no eran

suficientes para sufragar la pensión y por tal motivo firmo el formulario de afiliación.

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

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

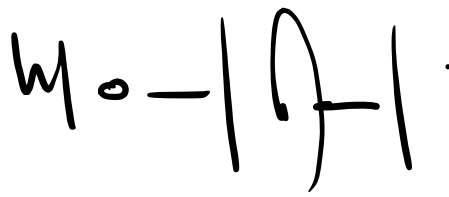
Los Magistrados,



**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OLGA LUCIA TRIANA CARRASQUILLA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 005 2018 00562 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de abril de 2021.

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

La apoderada de la parte demandante, manifestó que se logra demostrar que la actora no recibió una asesoría completa, real y veraz por parte de los fondos privados y a pesar de que el traslado al Régimen de Ahorro Individual se realizó de forma libre y voluntaria la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que son las Administradoras las obligadas de suministrar la información necesaria para tomar una decisión.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que dentro del proceso no se demostró ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, ya que la señora Olga Lucia Triana Carrasquilla manifestó que por voluntad propia suscribió y firmo el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada a el Régimen de Prima Media desde el 3 de mayo de 1985 hasta el 30 de abril de 2000, fecha en la que se trasladó a Porvenir S.A., en razón a una visita de un asesor comercial de la AFP, sostuvo que no le brindo la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, cito los artículos 1, 13, 48, 53, 58 y 83 de la Constitución Nacional, los artículos 21, 97 de la ley 100 de 1993 y el artículo 21 del Código Sustantivo del trabajo.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 115 a 127, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no se configuró vicio en el consentimiento, por cuanto accionante de forma

autónoma suscribió formulario de afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales, enriquecimiento sin causa y la genérica.

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

Con sentencia del 29 de abril de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora OLGA LUCIA TRIANA CARRASQUILLA, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.*

*TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROVENIR S.A., la suma de cuatro salarios mínimos mensuales legales vigentes como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.*

*CUARTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTSES con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que se accederá a la nulidad de la afiliación por no haber demostrado la AFP demandada el deber cualificado de haber suministrado información completa, oportuna y suficiente a la demandante, en consideración en sentencia C-345 de 2017 de la Corte Constitucional ha indicado la existencia de regímenes de nulidad de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada, así como también lo ha abordado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las ultimas sentencias desde la perspectiva de la ineficacia se asignado la carga probatoria a los fondos privados, esto de conformidad al artículo 12 del Decreto 720 de 1994, vigente para el momento en que la señora Olga Lucia se trasladó.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación con fundamento en que en el caso en concreto no se evidenció un error fuerza o dolo, por el contrario si existió algún error fue un error de derecho que no vicia el consentimiento y por lo tanto no se puede declarar la nulidad, así mismo señaló que no se puede realizar el retorno al Régimen de Prima Media en virtud a que se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, agregó que la demandante aceptó con las suscripción del formulario de afiliación las condiciones de dicho régimen esto en concordancia al artículo 11 Decreto 692 de 1994, por lo que la demandante es la que debe demostrar que existió vicio del consentimiento conforme lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que al recibir a la demandante en RPM se estaría en contravía del principio sostenibilidad financiera.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuesto recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en consecuencia se absuelva de todas las condenas impuestas en consideración a que no le asiste razón al fallador al declarar la nulidad de traslado con base en una falta de información con fundamento en un error de hecho, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera mediante comunicado N° 19 de 1998, de manera expresa manifestó que en los casos en que se generaba el traslado se efectuaba el mismo con la suscripción del formulario, agregó que el vicio de consentimiento quedo saneado de conformidad a los artículos 1752 y siguientes del Código Civil, ya que la demandante por el paso del tiempo ratificó su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual y por ultimo señaló que en relación a la devolución de los frutos, intereses y rendimientos los mismos no están llamados a prosperar, ya que lo que se declara es una nulidad y uno de los efectos es devolver todo al estado anterior.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

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

## VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

*en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

Del documento visible a folio 125 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 14 de abril de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, en su lugar de trabajo de forma colectiva en el año 2000, unos asesores de Porvenir SA., le indicaron los beneficios de trasladarse a un Fondo Privado, debido a que el Seguro Social se iba acabar y por tanto no se tendría la posibilidad de pensión.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes

jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALVARO ORJUELA MOLANO**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 008 2019 00447 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de julio de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderado judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que quedó

suficientemente demostrado que el fondo de pensiones demandando, le suministró al demandante información incompleta, fraccionada y demás confusa que le imposibilitaron en su momento el correcto entendimiento del contrato de adhesión que se le presento para la firma (derechos de libre elección y eficaz selección de régimen pensional).

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la actora y la AFP Porvenir S.A., es nulo, debido a que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales señaló conllevan a determinar que el traslado efectuado, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, 1 de octubre de 2001 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 1 de diciembre de 1962, que cotizó al Seguro Social desde el 6 de febrero de 1986 hasta el 31 de agosto de 1997, señaló que en el año 2001, se afilió a Colfondos S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 12, 25 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social; los artículos 2 y 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502, 1508, 1740 del Código Civil, los artículos 70, 71, 75, 76, 82, 84, 97, 140 a 147 y todo el título XIII referente al régimen probatorio y demás normas procesales aplicables al presente trámite.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda visible a folios 98 a 105, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante es nulo y/o ineficaz, toda vez que en el proceso conllevan a determinar que el traslado se llevo a cabo de manera libre y voluntaria, así como también que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 118 a 128, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que se brindo al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, y obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

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

Con sentencia del 6 de julio de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el señor ALVARO ORJUELA MOLANO, identificado con C.C. N°11.309.202, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., realizado el día 1 de octubre de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*

*SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante ALVARO ORJUELA MOLANO, identificado con C.C. N° 11.309.202, al regimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, desde como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*TERCERO:CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONODOS S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ALVARO ORJUELA MOLANO, identificada con C.C. N°11.309.202, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ABSOLVER. A las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

*QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas pro la pasiva.*

*SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.*

*SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.*

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, solicitó se revoque la misma al considerar que no se comparten los argumentos y los fundamentos jurídicos esbozadas en la sentencia, ya que para el momento que el demandante se traslada de régimen pensional no existía ninguna obligación de documentar la asesoría de traslado de forma que no se cuenta con ningún soporte escrito que pueda sustentar la asesoría brindada, adicionalmente señaló que del escrito se evidencia que la inconformidad del demandante es el valor de la mesada pensional que va ha recibir en comparación con el RPM.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

*“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y*

*realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado

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

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

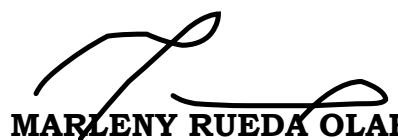
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 6 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

Mo-10-11

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Ordinario Apelación Sentencia  
N° 008 2019 00447 01  
Álvaro Orjuela Molano  
Colpensiones y Otro



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ZANDRA LUCIA CASTAÑEDA LOPEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 009 2019 00582 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de julio de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderado judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que a la actora no se le asesoró en debida forma por parte de la persona conocedora y profesional en el tema, para que firmara un formulario de afiliación a Porvenir S.A., viciando de esta manera su consentimiento trasladándola del RPM a el RAIS.

COLPENSIONES., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que no existen elementos que evidencien vicios

del consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no había una expectativa legítima para la actora, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas faltándole 25 años para acceder a la pensión, resaltó la sentencia con radicado 2016-0087-01 del 17 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Pereira la cual indicó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en el régimen de prima media pueda resultar superior al que recibirá en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo.

A su vez, PORVENIR S.A., manifestó que el traslado que realizó la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, resaltó que dicho traslado reviste de validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES y por consiguiente se devuelvan las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los frutos e intereses.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 5 de septiembre de 1958, señaló que inició su vida laboral el 1 de agosto de 1980 cotizando para su pensión a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, que el 26 de agosto de 1997, sin asesoría legal, información y buen consejo se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,

Como fundamento normativo, citó el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 50 del Decreto 2241 de 2010, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la Ley 100 de 1993, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda visible a folios 118 a 129, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que el deber de entregar una proyección pensional a la demandante no se encontraba vigente al momento en que se realizó el traslado al régimen pensional, ya que para dicha fecha el deber de información se encontraba consignado el numeral 1 del artículo 97 del Decreto N°663 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido y buena fe.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 137 a 155, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante decisión que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad SUI GENERIS, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

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

Con sentencia del 28 de julio de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, ZANDRA LUCÍA CASTAÑEDA LÓPEZ, entre el RPM administrado por Cajanal; al RAIS administrado por Porvenir, el 26 de agosto de 1997.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOSO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora ZANDRA LUCÍA CASTAÑEDA LÓPEZ, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

*TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondiente semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella.*

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

*QUINTO: COSTAS Lo serán a cargo de Porvenir S.A., Tásense por Secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.*

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993 estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, a su vez que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispuso que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral la afiliación respectiva quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente de manera libre y voluntaria por parte del trabajador. Así mismo, que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, disposición que resulta aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones desde su creación prescribió el deber de información. Por otro lado, señaló que en reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia entre ellas las sentencias SL 12136 de 2014, y SL 4426 de 2019, que siguieron los derroteros expuestos en las decisiones 1452, 1688 y 1689 de 2019, en las que se recodó que desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus

intereses. Información necesaria que alude a: descripción de características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, con fundamento en que no existen elementos que vicien el consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no hay una expectativa legítima para la actora, comoquiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, así como también que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen en el cual se encuentra afiliada, resaltó la sentencia con radicado N°2016087 del 17 de enero de 2017, del Tribunal Superior de Pereira, así las cosas solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y no se declare la ineficacia pretendida.

La apoderada de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, con fundamento en que el traslado realizado por la actora en el año 1997, fue válido, ya que se cumplió a cabalidad con los requisitos que la normatividad exigía para la fecha, teniéndose en cuenta que se firmó el formulario de afiliación, que teniendo en cuenta la normatividad era más que legítimo, así como la asesoría previa de manera verbal era más que suficiente para ser válido el traslado al régimen, sin que se desconociera el deber de información que le asiste a la AFP, resaltó que en el momento histórico en que se trasladó la actora se está en vigencia de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, agregó que en lo concerniente a la condena de devolver los rendimientos y gastos de administración se aparta respetuosamente, comoquiera que la figura de la ineficacia genera como consecuencia que el negocio jurídico nunca se celebró sin que sea coherente que se aplique dichos efectos en unos sentidos y en otros no, por lo que solicitó se revoque en su totalidad la sentencia proferida.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

*De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de*

*los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

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

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

Del documento visible en el expediente a folio 117 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 26 de agosto de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo se acercó un asesor del AFP, que le indicó que iban a desaparecer los fondos del estado y por tal razón tenía que afiliarse a un fondo privado, por lo anterior decidió trasladarse a Porvenir S.A.

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

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

*En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen*

de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA PATRICIA VILLARRAGA MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 014 2019 00369 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colfondos S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderada judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que de conformidad con las pruebas practicadas en juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara, comparada y oportuna a la demandante durante la etapa precontractual del traslado de régimen.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de primer grado al considerar que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, así como tampoco se encuentra inmersa en la prohibición de traslado

contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, puesto que actualmente cuenta con más de 57 de años de edad, aunado indicó que el contrato que realizó la actora con la AFP produce efectos inter partes, ello en concordancia con el principio de relatividad jurídica y lo preceptuado en el artículo 1602 del C.C.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare ineficaz del traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 24 de abril de 1961, señaló que inició sus aportes de pensión en el Régimen de Prima Media administrado por el Seguro Social el 1 diciembre de 1981 y el 23 de mayo de 1997 se trasladó a la AFP Colfondos S.A. Sostuvo, que los asesores del fondo no desplegaron ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindar información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencia futuras que acarrearía el traslado de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitucional Política, la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, el Acto Legislativo 01 de 2005, los artículos 2,9 y 10 Ley 797 de 2003, el artículo 1603 del C.C, el Decreto 2071 de 2015, los artículos 1,2, 25, 26 y 70 del Código Procesal del Trabajo.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 120 a 130, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que los asesores comerciales si brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho

régimen. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción, compensación, pago y la genérica.

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda visible a folios 149 a 165, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntario, sin que se pueda dejar de lado que al momento de efectuarse la afiliación no se encontraba inmersa en las causales de prohibición. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia de principio desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, compensación, prescripción y la genérica.

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

Con sentencia del 2 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante MARÍA PATRICIA VILLARRAGA MORENO del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A.*

*SEGUNDO. ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos.*

*TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración estos debidamente indexados, comisiones y primas de seguros.*

*CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP(anulación a través de MANTIS) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia del la actora en el RAIS.*

*QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución*

*de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por COLFONDOSS.A.*

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

*SEPTIMO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.*

*OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior jerárquico, SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no se puede brindar cualquier tipo de asesoría sino únicamente la que permita el ejercicio de lo que se ha denominado la libertad informada, cuya infracción castiga el legislador en la medida que indica que cualquiera que atente contra esa libertad de elección se hace merecedor entre otras sanciones a la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que ese tipo de normas obedece al reconocimiento que hace el legislador de la asimetría de la información que existe entre las administradoras y sus potenciales afiliados, así como la trascendencia en la vida de los ciudadanos de la decisión de afiliarse y de pertenecer a uno u otro régimen pensional.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de COLFONDOS S.A, interpuso recurso de apelación parcial en lo referente en cuanto a la devolución de los gastos de administración y los deterioros causados con cargo propio del patrimonio de la AFP, teniendo en cuenta que dichos emolumentos fueron descontados conforme a la Ley 100 de 1993, resaltó que dichos gastos fueron en pro de la actora en atención a que se realizaron una serie de movimientos financieros los cuales se generaron unos rendimientos que hoy la demandante goza, adicional a ello indicó que en cuanto a los seguros previsionales fueron utilizados en beneficio de la señora María, comoquiera que se realizó un contrato con una aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, dineros que nunca hicieron parte del aporte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino que fueron destinados directamente a los terceros de buena fe, en consecuencia señaló que se da

un enriquecimiento sin justa causa de conformidad con la sentencia T 219 de 1995.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente a folio 23 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., el 23 de mayo de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 1997 se trasladó a Colfondos S.A., en su lugar de trabajo recibió una comunicación por parte de recursos humanos de que tenían una reunión en

donde se encontraba un asesor de dicho fondo por medio del cual indicó que el Seguro Social se encontraba en problemas y que iba a desaparecer y al estar en la obligación de seguir cotizando a pensión ellos serían los encargados

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

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALVARO CARDENAS JARAMILLO contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS Y NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.**

**RADICADO: 11001 3105 024 2018 00658 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre de 2020.

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

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, solicitó se confirme la decisión del juez de primera instancia con fundamento en el pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-373-2021. y en caso contrario, se decide declarar la ineficacia del traslado, necesariamente ordene a la AFP Protección S.A. reintegrar a

favor del Ministerio el valor del bono pensional tipo A modalidad 2 emitido a favor del demandante, con su valor original debidamente indexado desde la fecha de redención hasta la fecha de reintegro efectivo.

Por su parte COLPENSIONES, solicitó revocar la decisión de Juzgado de primera instancia, en atención a la historia laboral y expediente administrativo no cumple con la densidad de semanas necesarias exigidas por la SU-062 de 2010, o la SU 130-2013, al 1 de abril de 1994 para poder trasladarse libremente en cualquier término entre los regímenes.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a la AFP Colfondos S.A, y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES y por consiguiente condenar a Colfondos S.A., a realizar todas las gestiones administrativas tendientes a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliado y cotizando en pensiones al Instituto de Seguros Sociales, que el 11 de agosto de 2000 se trasladó a COLFONDOS S.A., sostuvo que no se desplegó ninguna actividad de asesoramientos responsable y transparente a fin de que se brindara una información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras del traslado, en consecuencia solicitó a las demandadas la nulidad del traslado y la activación al RPM, las cuales fueron despachadas desfavorablemente con fundamento en que en que tenía la condición de pensionado.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, el Acto Legislativo 01 de 2005, los artículos 1, 2, 25, 26 y 70 de la Ley 797 de 2003, el artículo 1603 del Código Civil, el Decreto 2071 de 2015 y los artículos 1, 2, 25, 26 y 70 del Código Procesal del Trabajo y de la S.S.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda visible a folios 78 a 83, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que estaba en cabeza del actor la obligación de informarse frente a las consecuencias de generar el traslado a un fondo privado en tanto los Regímenes Pensionales se encuentran regulados en la legislación colombiana, ya que son de público conocimiento. Propuso 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 genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 105 a 115, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado del demandante a la AFP obedeció al ejercicio de la autonomía de su voluntad, fue una decisión libre y espontánea, informada y sin presiones, destacó que el actor disfruta de una mesada pensional en el RAIS desde el año 2015. Propuso las excepciones de inexistencia de validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos, Intangibilidad del bono pensional, responsabilidad del demandante en la emisión del bono pensional, compensación, cobro de lo no debido y la genérica.

Mediante auto del 11 de octubre de 2019, notificado por estado el día 16 del mismo mes y año, se ordenó vincular al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como litis consorte necesario.

En auto de fecha 6 de agosto de 2020, dio por no contestada la demanda por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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

Con sentencia del 11 de marzo de 2020, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA NACION MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO de todas las pretensiones incoadas por el señor OLVARO CARDENAS JARAMILLO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.*

*SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION propuesta por la pasiva.*

*TERCERO: sin condena en COSTAS*

*CUARTO: En el evento de no ser apelada la presente decisión, remitir el proceso a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que en cuanto a la afiliación de un régimen pensional ha sido Reiterada y pacifica la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que es un deber y obligación el de información que tienen las administradoras de pensiones al momento que un afiliado se traslada de régimen pensional así como que su omisión genera la ineficacia del afiliación, señaló que si bien de los medios probatorios la razón la tendría la parte demandante ante la ausencia de medio o convicción alguno que acreditara que la AFP accionada cumplió con el deber de información en los términos expuestos con anterioridad, sin embargo la conclusión es aparente, toda vez que el actor ya no ostenta la condición de afiliado del Régimen de Ahorro Individual sino por el contrario su estatus de pensionado se traduce en un hecho relevante que impacta directa y sustancialmente el derecho debatido, sin que se pueda pasar por alto que el demandante solicitó a Colfondos de forma voluntaria, libre y espontánea el reconocimiento y pago de la pensión por vejez escogiendo

la modalidad por retiro programada, conociendo las condiciones, características, contenido, alcance de dicha modalidad junto con la mesada pensional que percibiría a partir del año 2015. Por lo anterior indicó que en concordancia a lo expuesto por el organismo de cierre en la sentencia del 9 septiembre de 2008 con radicado 31989, es claro que deberá declararse improcedente las pretensiones incoadas, comoquiera que la calidad de pensionado del promotor se traduce en una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar los derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

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

Para el efecto, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que el demandante ALVARO CARDENAS JARAMILLO, le fue reconocida pensión de vejez por parte de COLFONDOS S.A., partir del mes abril de 2015, en cuantía inicial de \$1.209.488, según da cuenta la comunicación obrante a folio 47 del plenario.

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

principal que uso el A quo para conceder la ineficacia del traslado de la demandante, no puede pasarse por alto que recientemente la Sala de Casación Laboral en pronunciamiento del 10 febrero de 2021, estableció que la situación de los pensionados constituía un estatus jurídico consolidado que no se podía revertir e impedía la ineficacia del traslado, abandonando así el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demandaba era un pensionado

Al respecto, resulta pertinente traer a colación apartes de la Sentencia mencionada, correspondiente a la SL-373 de 2021 con radicación No. 84475, que sobre el particular señaló:

“(…)

*Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)<sup>1</sup>, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:*

*Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*

*Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la*

---

<sup>1</sup> SL1688-2019, SL3464-2019

*administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.*

*Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.*

*Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.*

*Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.*

*La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.*

*(...)*

*Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.*

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.*

*En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.*

*En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.*

*Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.*

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en jurisprudencia citada resulta acertado resumir lo siguiente: i) que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; ii) que invalidar el estado de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones y iii) si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, podrá demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, acoge este fallador el criterio expuesto por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral al considerar que las razones otorgadas en la jurisprudencia avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento y en esa medida como el demandante ALVARO CARDENAS JARAMILLO, poseía el estatus de pensionada, se procederá a confirmar la sentencia emitida en primer grado.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES BUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MERY HUERTAS PACHECO**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE**  
**PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 028 2020 00101 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de julio de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderada judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que al interior de proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la Administradora de pensiones privada, hubiese cumplido con su deber y obligación de brindar información de forma clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la actora y la AFP Porvenir S.A., es nulo, debido a que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales señaló conllevar a determinar que el traslado efectuado, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, en junio de 1994 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 6 de abril de 1962, que cotizó al Seguro Social el 15 de noviembre de 1988, señaló que en junio de 1994, se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministrara información de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,53 y 78 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo y las sentencia de la

H. Corte Suprema de Justicia con radicados números 46292 de 2014, 27125 de 2017, 54814 de 2018, 47125 de 2018 y 68852 de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda visible a folio 73, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la afiliación de la actora con la AFP en el año 1994, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público conforme al artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 75, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que existe una ratificación tácita que trata el artículo 1754 del C.C. Propuso las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y genérica.

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

Con sentencia del 7 de julio de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MERY HUERTAS PACHECO, identificada con C.C. 51.822.299 al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 28 de junio de 1994, por intermedio de la entonces ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideración de esta sentencia.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PÓRVENIR., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro*

*individual de la señora MERY HUERTAS PACHECO quien se identificó en antelación, a COLPENSIONES.*

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

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

*QUINTO COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.*

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

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

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, solicitó se revoque en su integridad la misma y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que en que no le asiste razón a la falladora de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en la información, ya que no le era obligatorio a la AFP brindar la misma de manera documentada, pues de conformidad al artículo 97 Decreto 663, se exigía la obligación a las AFP de brindar una asesoría completa, no se puede deducir que la misma no se haya prestado en debida forma, teniendo en cuenta que no hay documento distinto al formulario de afiliación que prueban dicha asesoría, resaltó que se debe tener en cuenta que el deber de información ha tenido una constante evolución por el paso del tiempo en múltiples pronunciamientos de la Corte

Suprema de Justicia, sin embargo es a partir de la Ley 1748 que entra en vigencia el 26 de diciembre de 2014, que se obliga a todas las Administradoras de Fondos de Pensiones de brindar una asesoría aportando documentos que acompañen el formulario de afiliación, por lo que antes de la mencionada norma las asesorías se realizaban de forma verbal.

Agregó en referencia a los gastos de administración que no es factible devolver los mismos, esto de conformidad al inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya que también el régimen de prima media se destina un tres por ciento de la cotización a financiar la pensión de invalidez y de sobrevivencia, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello no están sujetos al fenómeno de la prescripción, por otro lado indicó que de acuerdo al Concepto de la Superintendencia Financiera ha manifestado de manera expresa que en los eventos que surge la ineficacia del traslado los únicos dineros que deben retornar serían las cotizaciones junto con sus rendimientos.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad en consideración a que existe un perfeccionamiento al evidenciarse que la parte actora nunca realizó actos que sugieran su inconformidad de no pertenecer al fondo ratificando su deseo de pertenecer a la AFP, así como también resaltó que existen un perfeccionamiento de actos de razonamiento en atención a las sentencias SL 413 de 2018, SL 3752 de 2020.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

Del documento visible en el expediente a folio 73 se evidencia formularios de afiliación a PORVENIR S.A., el 28 de junio de 1994 y el 29 de abril de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Horizonte hoy Porvenir S.A., de forma individual le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y que las AFP eran los entes autorizados por el gobierno para el tema pensional, así como también que en caso de muerte su familia podría gozar de dicha pensión y por tales motivos se trasladó.

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

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

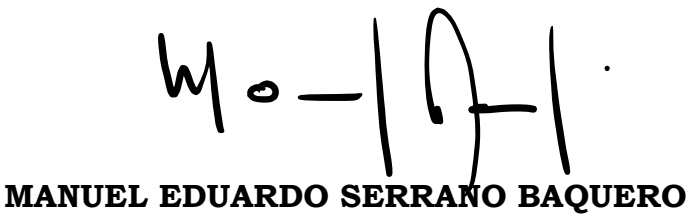
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIME IREGUI RESTREPO**  
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 029 2020 00228 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de septiembre de 2021.

En esta instancia se recibió alegatos de conclusión por parte de la apoderada de COLPENSIONES por medio del cual manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado efectuados por el actor al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como

que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del RPM.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la ineficacia del traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, en el año 1999 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene trasladar la totalidad de los aportes, intereses y rendimientos del actor desde el día en que se produjo efectivamente el traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que cotizó al Seguro Social hasta el año 1999, en el que se trasladó al Colfondos S.A., sin mencionar las consecuencias negativas que esta decisión podría traer consigo, al no brindar una asesoría personalizada que incluyera las proyección de lo que recibiría como mesada pensional una vez cumplierse los requisitos en ambos regímenes.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el artículo 83 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, el artículo 138 de la Ley 1753 de 2015 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados número 31989 de 2008, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019 SL 1688 de 2019, 31314 de 2008, SL 4360 de 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLOFONDOS S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la AFP si brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del

consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el formulario de afiliación suscrito por el actor goza de plena validez al ser suscrito en uso de las autonomía para cambiarse de régimen, lo cual demuestra que el afiliados era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

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

Con sentencia del 1 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor JAIME IREGUI RESTREPO identificado con C.C. N. 19.248.033, realizada ante COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 30 de agosto de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

*SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JAIME IREGUI RESTREPO, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.*

*TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.*

*CUARTO: SIN CONDENA en costas*

*QUINTO: CONSULTAR ante el Honorable Tribunal de Bogotá la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la actualidad mediante la cual ha fijado reglas que se cumplen desde esa época, las cuales señaló consisten en el deber de información que se tenía al momento de trasladarse la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, información que debía ser suministrada por el fondo al que se trasladó la demandante, así como también la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones que deben demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra del numeral segundo la sentencia proferida, para que el Tribunal Superior de Bogotá adicione a dicho ordinal los gastos de administración del actor y se tengan en cuenta dentro del traslado que realice la AFP Colfondos a Colpensiones, con fundamento en las sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se da aplicación al artículo 1746 del Código Civil, el cual se aplica por analogía al tema de las ineficacias se debe entender que dichos recursos deben ser parte de los valores que restituya al Fondo.

#### **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en su lugar de trabajo, al momento de la vinculación diligenció formulario de afiliación a la Colfondos S.A., sin ningún tipo de asesoramiento por parte de la Administrado de Fondos privado.

Así las cosas, de los medios probatorios arrimados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado

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

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que la AFP COLFONDOS S.A., debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación al demandante. Al

respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al señalar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En consecuencia, se habrá de modificar el numeral segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferido el 1 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del actor, 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 hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

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

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROCIO ESPERANZA RODRIGUEZ VILLAREAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 030 2020 00161 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y tarjeta profesional No. 334.200 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Protección S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2021.

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

La parte demandante por medio de su apoderada judicial solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, con fundamento en que en ninguno de sus apartes se desprende haberse efectuado una información, precisa, clara y suficiente, ya que solo se registró la firma de la actora con sus datos generales así como tampoco se pudo corroborar de acuerdo con lo consagrado en la Ley 797 de 2003, comunicación a la demandante en la que se le informara el término de permanencia de 3 a 5 años para trasladarse y la imposibilidad de hacerlo cuando se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

COLPENSIONES., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen, además de ello indicó que el traslado que realizó con la AFP privada goza de plena validez y no puede utilizar su propia culpa para beneficiarse.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó al Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 16 de septiembre de 1965, que empezó a realizar aportes al Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de julio de 1992, señaló que al estar laborando para la compañía SODEXO S.A., se trasladó a Protección S.A., sin que los

asesores del fondo le suministraran la información necesaria para tomar un decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 5, 6, 11, 12, 50 y 74 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, los artículos 10, 12, 13, 31, 33, 59, 60, 63, 64, 67, 68, 113 y 114 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502, 1508, 1740 y 1746 del Código Civil y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia CSJ SL 1452-2019, CSJ SL 1688-2019, CSJ SL 1689- 2019.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que se esta frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, señaló que el formulario de vinculación se realizó en forma libre y espontanea. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación,, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recurso públicos y del sistema general

de pensiones, genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación.

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

Con sentencia del 27 de julio de 2021, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ROSIA ESPERANZA RODRIGUEZ VILLAREAL del Instituto de Seguros Sociales a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., mediante formulario N° 5125578 suscrito el 8 de julio de 1999, pero con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1999 conforme a lo expuesto.*

*SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada la demandante señora RODIO ESPERANZA RODRIGUEZ VILLAREAL al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*

*TERCERO: Condénese a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho régimen esto es del 1° de septiembre de 1999 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados.*

*CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, 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.*

*QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

*SEXTO: Condénese en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS (\$ 3.488.000)*

*SEPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

*OCTAVO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que los fondos de pensiones tienen la responsabilidad de demostrar en juicio que documentaron suficientemente el cambio de régimen esto quiere decir que el posible afiliado recibió la asesoría necesaria para tener los suficientes conocimientos para tomar una decisión debidamente informada suministrándole de esta manera las bondades y beneficios de estar en el régimen de prima media así como desventajas de estar en uno y otro régimen, así como también, además de ello, señaló que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PROTECCION., interpuso recurso de apelación de manera parcial, respecto de la condena de devolver a Colpensiones los gastos de administración, con fundamento en que es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dicho descuento se realizó como contraprestación a una buena gestión de administración del recurso de la demandante en los cuales se ve reflejado en los buenos rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual, señaló que no hay lugar a la devolución de estos dineros en razón a que se trata de valores ya causados durante la administración de dichos recursos por parte de la AFP, puso de presente lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado N° 31989 del 9 septiembre de 2008, en relación a las prestaciones acaecidas, además de ello indico que frente al cobro del 3 % destinado para comisión de administración y para financiar las primas de invalidez y sobrevivientes opera la prescripción por ser un concepto de tracto sucesivo, sin que ni siquiera financie la pensión de vejez.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

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

*elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a PROTECCION S.A., el 1 de septiembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1998, de forma general un asesor de Protección S.A., que le indicó que el Seguro Social iba a desaparecer debido a que no tenía estabilidad y que la AFP era una empresa sólida, por medio del cual tendría la posibilidad de pensionarse de manera anticipada y cotizar a una cuenta de ahorro individual, indicó que el asesor diligenció el formulario de afiliación y ella solo lo firmo.

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

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

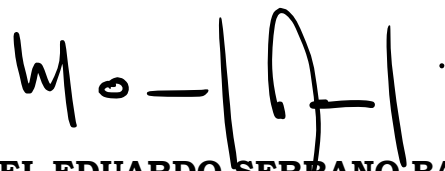
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GINA CARRION DENYER**  
**contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y SKANDIA N S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 031 2020 00423 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Porvenir S.A., skandia S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de junio de 2021.

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

La apoderada de la parte actora solicitó confirmar la sentencia de primer grado al considerar que en el proceso no se logró evidencia prueba suficiente que demostrara que las AFP demandadas, especialmente Porvenir S.A cumplieron con su deber y obligación de brindar a la demandante la información de forma clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la actora a AFP Porvenir S.A y Skandia S.A., es nulo, debido a que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales señaló conllevan a determinar que el traslado efectuado, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

OLD MUTUAL HOY SKANDIA S.A., indicó que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagados a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la ineficacia del traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, en el mes de septiembre de 1996 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 4 de abril de 1964, estuvo afiliada y cotizando para la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL desde junio de 1988 hasta el 3 de abril de 1991, señaló que en el mes de septiembre de 1996, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., cotizando como independiente, sin que fuera asesorada por parte de la Administradora de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre uno y otro régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, los artículos 20, 48 y 78 de la Constitución Política, el Decreto Ley 3466 de 1982, Ley 797 de 2003 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de fecha 22 de noviembre de 2011, 31989 de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la parte demandante no probó causal alguna de que la afiliación a Porvenir S.A., sea nula o ineficaz como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

Las demandadas PORVENIR S.A y SKANDIA S.A no contestaron demanda.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de junio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora GINNA CARRIONI DENYER, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A., el día 16 de septiembre de 1996, con fecha de efectividad del 17° de septiembre del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SKANDIA S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora GINNA CARRIONI DENYER, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual SKANDIA S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por GINNA CARRIONI DENYER y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de GINNA CARRIONI DENYER al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.*

*QUINTO: ABSUELVE de lo demás.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.*

*SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S. OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que de acuerdo a los criterios fijados en la sentencia SL 1688 del 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que redefinió la clase de responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y ahorro individual para garantizar el derecho de la libre escogencia de los afiliados en la que determino que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en el sentido estricto y no desde el régimen de nulidades, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador de buena fe y en consecuencia no se le puede exigir al afiliado demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, esto es error, fuerza o dolo, ya que el legislador expresó de que forma el acto de afiliación se vea afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación teniendo en cuenta que no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, documento público en el cual se expresaba que la actora hacía constar que firmaba de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia de régimen de ahorro individual en concordancia con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, resaltó que no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma que se presume como una persona capaz para obligarse, aunado señaló que siempre se garantizó la posibilidad del derecho al retracto y concluyó que en lo referente a la condena por gastos de administración de conformidad al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivencia, sin que formen parte integral de la pensión de vejez y por ello se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción y el devolver dichos gastos se está

generando un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

La apoderada de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial contra la sentencia de primer grado con fundamento en que la accionante no se encontraba afiliada al Seguro Social hoy Colpensiones no es dable declarar un traslado frente una afiliación que no estaba previa a la selección inicial que realizó la demandante de afiliarse a Porvenir en el año 1996, adicionalmente indicó que si bien se confirma la sentencia y ordena la ineficacia del traslado no se condene la devolución de gastos de administración al considerar que dicha condena desconoce los postulados de orden legal del artículo 7 del Decreto 3925 del 2008, así como los conceptos de la Superintendencia Financiera y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, operando para dichos emolumentos la prescripción trienal.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM

administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de afiliación a porvenir S.A., el 16 de septiembre de 1996, y a SKANDIA S.A., el 27 de julio de 2012.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló se trasladó a Porvenir S.A., en razón a que después de 2 o 3 meses de haber suscrito su contrato laboral en su lugar de trabajo le informaron que tenía que afiliarse a fondo de pensiones para que de esta manera le pudieran realizar los pagos del contrato, con fundamento a ello firmó el formulario de afiliación, posteriormente se trasladó a Skandia S.A. debido a que le indicaron que tendría mejores rendimientos.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

*En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la*

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

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,**

**administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

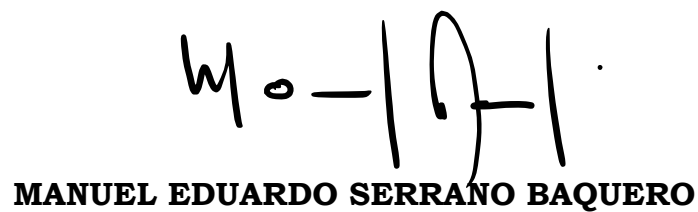
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FABIOLA BELTRAN LAITON**  
**contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**  
**COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y PROTECCIÓN S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 033 2018 00410 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Protección S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de abril de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que el demandante no se encuentra amparado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo. Ya que debió hacerlo cuanto le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho de pensión.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que

no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 7 de marzo de 1967, estuvo afiliada y cotizando para pensión en el Seguro Social desde el 28 de septiembre de 1990, señaló que en el año 1994 se trasladó a Porvenir S.A., posteriormente a Colmena y por ultimo regreso nuevamente a Porvenir, sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Nacional, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008, SL 12136 de 2014.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 80 a 90, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por la accionante por cuanto el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe,

prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda visible a folios 116 a 120, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejercer la Superintendencia Financiera de Colombia. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones, enriquecimiento sin causa y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., realizó contestación a la demanda visible a folios 184 a 193, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que constituye un acto jurídico plenamente valido, emanado de la voluntad de la actora y del cual nacieron obligaciones para ambas partes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones.

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

Con sentencia del 7 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto la afiliación realizada a FABIOLA BELTRAN LAITON identificada con la cedula de ciudadanía N°51.854.357, el 16 DE JUNIO DE 1994 a COLPATRIA- HOY PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR que FABIOLA BELTRAN LAITON actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante FABIOLA BELTRÁN LAITON, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de FABIOLA BELTRAN LAITON, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.*

*QUINTO: CONDENAR a PORVENIR y PROTECCIÓN, a pagar de manera proporcional al tiempo que la DTE estuvo como afiliada en cada fondo, los gastos o cuotas de administración recibidas durante su afiliación, los cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, y CONMINAR a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*

*SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., se fijan como Agencias en Derecho la suma de CUATRO (4) SMLMV a cargo de PORVENIR S.A y un (1) SMLMV a cargo de PROTECCIÓN S.A.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación parcial en relación a la condena impuesta de los gastos de administración con fundamento en que los fondos de pensiones realizan dicho descuento mes a mes en virtud de la normatividad vigente, sin que se evidencia ningún detrimento en la cuenta de ahorro individual de la demandante, toda vez que se observa un incremento considerable por concepto de los rendimientos por la buena gestión por parte del fondo privado, igualmente los dineros ya cancelados aseguradoras por concepto de reaseguros peculios que se encuentran en manos de terceros, con el objetivo de cubrir contingencias diferentes a la pensión de vejez como indica el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primer grado en lo relativo en la condena de trasladar a Colpensiones lo descontado por gastos de administración dado el tiempo que estuvo la actora afiliada a la AFP, con fundamento en que la comisión de administración es un descuento autorizado por la ley, descuento que se utiliza para cubrir los gastos de administración que opera en varios regímenes tanto el RPM como en el RAIS, constituyéndose con dicha condena un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la misma demandante, ya que no es una comisión destinada precisamente financiar la pensión de vejez.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que en relación a las operaciones aritméticas a fin de determina si hay un detrimento económico para la Entidad, señaló que dichas operaciones solo se pueden saber si se causa un detrimento a futuro dado que si el ahorro realizado por la demandante no alcanza a cubrir la prestación que se reconocería a futuro o que supere con creces la expectativa de vida siria una situación que conlleva a un detrimento a Colpensiones, ya que la entidad no planeo la pensión con anticipación, resaltó su inconformidad con la tesis del Despacho en la cual se reinvierte la carga de la prueba quedando en cabeza de los fondos privados en demostrar la información suministrada, toda vez que solo se puede reinvertir dicha carga cuando se acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en relación a personas que tengan un expectativa legitima

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

## VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente visibles a folios 56, 57, 58, 59 se evidencian formularios de afiliación a COLPATRIA el 16 de junio de 1994, Horizonte S.A., 5 de junio de 1996 y a Porvenir S.A., el 29 de julio de 2005.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

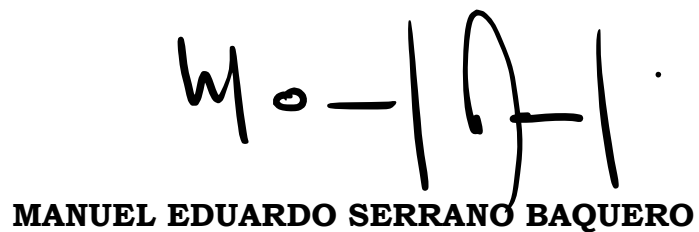
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JUAN CARLOS QUINTERO DUQUE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 033 2019 00060 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de junio de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que el demandante no se encuentra amparado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo. Ya que debió hacerlo cuanto le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho de pensión.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que

no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida en primera instancia al considerar que en el acervo probatorio no hay evidencia de que la AFP Colfondos hubiera cumplido con las disposiciones legales que lo obligaban a brindar una información e ilustración a su futuro afiliado, acerca de los regímenes pensionales existentes, como lo eran los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, el 29 de septiembre de 1995 y como consecuencia de ello se condene a PORVENIR S.A., como actual administradora de pensiones a entregar a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones con todos los rendimientos que se hubieren causado.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliado y cotizando para pensión en el Seguro Social desde el 18 de febrero de 1988, señaló que se trasladó a Colfondos S.A Pensiones y Cesantías el 29 de septiembre de 1995, sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13,60, 52 y 271 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, el Decreto 720 de 1994, el Decreto 797 de 2003, el Decreto 656 de 1994, el artículo 167 del Código General del Proceso y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados números 46292 de 2014, 46292 de 2017, 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011, 46292 de 2014 y 46292 de 2017.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 89 a 101, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el derecho a la libre escogencia de régimen en materia pensional el afiliado esta aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en el y el desconocimiento de cualquier disposición en este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado entre regímenes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A., realizó contestación a la demanda visible a folios 130 a 155, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la AFP brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda visible a folios 178 a 193, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la afiliación que realizó la parte demandante con la AFP fue productor de una decisión libre de presiones o engaños . Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

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

Con sentencia del 2 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto a la afiliación realizada a JUAN CARLOS QUINTERO DUQUE identificado con cédula de ciudadanía 19.446.951, el 29 de septiembre de 1995 por parte de COLFONDOS S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR que JUAN CARLOS QUINTERO DUQUE actualmente se encuentra afiliado (a) de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.*

*TERCERO: ORDENAR a PORVENIR, realizar el traslado de los dineros existentes en el a cuenta de ahorro individual de JUAN CARLOS QUINTERO DUQUE a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.*

*CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de JUAN CARLOS QUINTERO DUQUE, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral del demandante.*

*QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS y PORVENIR a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES, de manera proporcional al tiempo en que el DTE estuvo afiliado en cada una de ellas.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*

*SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS y PORVENIR. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de (2) SMLMV, para cada una.*

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación para que sea revocada de forma parcial la sentencia proferida en primera instancia al considerar que si bien existe un precedente jurisprudencial,

no se debe aplicar el mismo de manera objetiva, debido a que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto en el momento del traslado, por lo que no es factible realizar la devolución de gastos de administración, ya que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también el régimen de prima media se destina un porcentaje de la cotización a financiar dichos gastos, lo cuales no forman parte de la pensión de vejez por lo que están sujetos a la prescripción, de igual manera resaltó que el ordenar el traslado de dichos gastos se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada en consecuencia solicitó se revoque la condena impuesta por gastos de administración y costas procesales.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que el demandante se encuentra en la prohibición legal de trasladarse en cualquier tiempo, así como también señaló que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento esto es como el error, fuerza, dolo, sin que se presentara ningún tipo de presión al momento de realizar el traslado en el año 1995, resaltó que se debe tener en cuenta el traslado horizontal que realizó entre AFP, permaneciendo en el Régimen de Ahorro Individual por más de 20 años.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente visibles a folios 163 y 83 se evidencian formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., el 29 de septiembre de 1995, posteriormente a Porvenir S.A., el 29 de septiembre de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que se trasladó a Colfondos S.A y posteriormente a Porvenir S.A., debido a que un asesor de la AFP le informó que pondría en orden las semanas cotizadas de su historia laboral y al estar interesado en dicha información decidió firmar el formulario de afiliación

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte recurrente en relación a la imposición de costas a las demandadas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

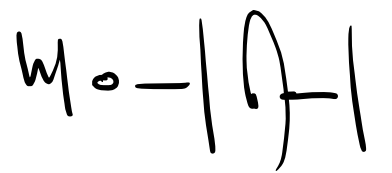
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
LORENZO TORRES RUSSY

  
MARLENY RUEDA OLARTE

  
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA MARIA PULIDO GONZALEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

**RADICADO: 11001 3105 038 2019 00853 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.061.783.671 y tarjeta profesional No. 314.157 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A., Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2021.

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

COLPENSIONES., reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que no se demuestra hasta el momento que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sin manifestar ninguna inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en dicho régimen.

A su vez, PORVENIR S.A., manifestó que el traslado que realizó la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se efectuó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, resaltó que dicho traslado reviste de validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información.

## **I. ANTECEDENTES**

La demandante pretendió se declare ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A el 21 de abril de 1998 y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene se reintegren las cosas a su estado anterior y se condene a la AFP a devolver o trasladar las cotizaciones, aportes por pensión, con los rendimientos financieros y gastos de administración al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 31 de enero de 1968, señaló que en febrero de 1991, empezó a cotizar al Seguro Social y el 21 de abril 1998 se trasladó a Porvenir S.A., en razón a que asesores comerciales de dicho fondo no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58, 83, 150, 271 y 335 de la Constitución Nacional, los artículos 3,11,13,21,31,60, 90,91,97, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, las Circulares 029 de 2014 y

016 de la Superintendencia Financiera, el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, los artículos 4, 5, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 13, 60, 61, 145 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 63, 963, 1502, 1508, 1523, 1524, 1404, 1740, 1741 y 1746 del Código Civil y la sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 1452 de 2019, 4964 de 2018, 4689 de 2018, 19447 de 2017, 17595 de 2017, 12136 de 2014, 33083 de 2011, 31989 de 2008 y 31314 de 2008.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación con la Administradora Privada. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

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

Con sentencia del 22 de julio de 2021, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

*“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora ANA MARIA PULIDO GONZALEZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., el día 21 de abril 1997, y consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.*

*SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora ANA MARIA PULIDO GONZALEZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.*

*TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen*

*de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por ANA MARIA PULIDO GONZALEZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES-, que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de ANA MARIA PULIDO GONZALEZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.*

*QUINTO: ABSUELVE de lo demás.*

*SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.*

*SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.*

*OCTAVO: Costas de la instancia como se estableció en la parte motiva de esta sentencia.”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que de acuerdo a los criterios fijados en la sentencia SL 1688 del 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que redefinió la clase de responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y ahorro individual para garantizar el derecho de la libre escogencia de los afiliados en la que determino que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en el sentido estricto y no desde el régimen de nulidades, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador de buena fe y en consecuencia no se le puede exigir al afiliado demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, esto es error, fuerza o dolo, ya que el legislador expresó de que forma el acto de afiliación se vea afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

#### **IV. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida, con fundamento en que la actora realizó el traslado de los aportes con plena voluntad y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, en consideración que para el

caso en particular la afiliación al Régimen de Ahorro Individual se realizó con plena voluntad de la cotizante que por decisión propia lo solicitó suscribiendo el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, siendo ratificado por más de 21 años que se efectuaron los cotizaciones al RAIS, en concordancia con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece la libre escogencia entre los regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse, sin que se observe solicitud alguna concerniente al traslado que hubiere podido solicitar ante Colpensiones, solo hasta que elevó solicitud de declarar nula la afiliación, la misma se encontraba en la prohibición legal de trasladarse, en consecuencia se solicitó se absuelva al Fondo de las condenas incoadas en su contra.

La apoderada de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado y solicitó se revoque de forma integral la misma con fundamento en que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no establece el deber de información, ya que hace alusión a una afiliación libre, voluntaria sin coacción existiendo sanción regulada por el artículo 271 que tampoco regula la ineficacia por una eventual omisión del deber de información, así mismo señaló que no estaba establecido el deber de información en los términos esbozados en primera instancia, ya que de conformidad con los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, si bien se crean obligaciones a cargo de las administradas de pensiones, no los crea respecto del deber de información, por lo que dicho deber inicia su desarrollo legal con el Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de la misma anualidad, por lo que no es dable que para el 21 de abril de 1998, que la AFP estaba en la obligación de brindar información sobre características, riesgos, consecuencia e incluso información sobre los dos regímenes pensionales, dándose efecto retroactivo a normas emitidas con posterioridad a la afiliación de la demandante, sin que sea posible invertir la carga de la prueba.

Aunado ello, solicitó que en caso en que se confirme la sentencia se revoquen las condenas impuestas en lo referente a que se debe devolver los aportes con los frutos, rendimientos sin deducción de cuotas de administración, comisiones, aportes a garantía de la pensión mínima sin deducción de gastos de administración o cualquier otro concepto, en consideración a que los rendimientos generados en el RAIS son superiores

a los que hubiesen generado el RPM. En relación de los gastos de administración señaló que se está pasando por alto la debida administración e inversión que realizó la Administradora de los aportes de la demandante a partir del 1 junio de 1998, resaltó que de conformidad con el artículo 20 de Ley 100 de 1993, se está beneficiando el Régimen de Prima Media, comoquiera que se están devolviendo montos superiores.

## **V. ACLARACIÓN PREVIA**

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

## **VI. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

*La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 21 de abril de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que una vez inicio a laborar en la Universidad del Bosque al momento de diligenciar los documentos pertinentes para el ingreso se acercó un asesor del AFP, que le indicó que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era de trasladarse de régimen pensional.

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

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

*"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

*"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

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

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JESUS ANGARITA  
NAVARRO contra FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS  
FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.**

**RADICADO: 11001 3105 032 2019 00632 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**PROVIDENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la decisión proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2020, mediante el cual declarado probada la excepción previa de cosa juzgada.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por la pasiva, en donde manifestó que se ratificaba en las excepciones presentadas junto con el escrito de contestación de la demanda y en todos y cada uno de los argumentos propuestos, mencionando que las pretensiones no estaban llamadas a prosperar teniendo en cuenta que la relación laboral con el

demandante se mantuvo hasta el 10 de febrero de 1989, por lo que no había lugar al pago de los salarios dejados de percibir, ya mediante sentencia de fecha 27 de enero de 1995, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica Cesar y confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar Sala de Decisión Laboral, en sentencia del 28 de marzo de 1995, se le cancelaron las indemnizaciones a las que hubiera lugar en razón al despido sin justa causa, de manera que lo solicitado solo tendría efectos en el caso de haberse ordenado el reintegro del demandante, el cual fue negado por lo que no había lugar al pago de los salarios dejados de percibir hasta el 15 de marzo de 1993. Adicionalmente, resaltó que la pensión de jubilación especial proporcional ya había sido reconocida mediante la sentencia aludida en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, a partir de la fecha en que cumpliera 60 años de edad.

Por lo anterior concluye la parte demandada, que se configura la inexistencia de la obligación y en virtud a que las pretensiones propuestas en este proceso ya habían sido objeto de estudio en otro proceso judicial, operó la cosa juzgada en virtud a que las pretensiones de la demanda ya fueron resueltas, por las sentencias antes citadas.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretende que se declare que se configuró el derecho al pago de salarios dejados de percibir en los extintos ferrocarriles nacionales de Colombia, desde el 10 de febrero de 1989 hasta el 15 de enero de 1993. En consecuencia, solicito se declarara que entre las partes existió una relación laboral entre el 6 de octubre de 1975 al 15 de enero de 1993 y se proceda al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación especial proporcional con base en lo previsto en los artículos 7° y tercero de los decretos 895 y 1651 de 1991 respectivamente, con efectividad partir del 16 de enero de 1993.

Como sustento de sus pretensiones señaló que durante la relación laboral que sostuvo con la extinta Ferrocarriles Nacionales de Colombia ostentó la calidad de trabajador oficial; que laboró para la citada empresa

hasta el 9 de febrero de 1989, fecha en que fue despedido; que demandó su reintegro, determinándose por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá que el 10 de febrero de 1989 fue despedido injustamente y se condenó a Ferrocarriles Nacionales a pagarle los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la liquidación de dicha empresa; que la anterior sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior; que el Gobierno Nacional mediante Decreto 1194 de 1992 determinó ampliar la existencia jurídica de Ferrocarriles Nacionales de Colombia hasta el 15 de enero de 1993, de tal suerte que los extremos de la relación laboral fueron: ingreso del 6 de octubre de 1975 y retiró el 15 de enero de 1993.

Por su parte, la demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuánto la relación laboral se mantuvo hasta el 10 de febrero de 1989, de manera que no era cierto que la relación se hubiese mantenido hasta el 15 de enero de 1993 y no había lugar al pago de salarios dejados de percibir, ya que al Señor Jesús Angarita Navarro mediante sentencia de fecha 27 de enero de 1995 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica - Cesar, confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar Sala Laboral, en sentencia del 28 de marzo de 1995, se le cancelaron las indemnizaciones a las cuales había lugar en razón al despido sin justa causa, por lo que la pretensión incoada solo tendría efectos en el caso de haberse ordenado el reintegro, que fue negado, por lo que no había lugar al pago de lo pretendido ni a la extensión de los extremos de tiempos laborales, señalando que en gracia de discusión si los períodos se hubieren causado, los pagos de salarios se encontrarían prescritos. De otra parte y frente a la pensión especial de jubilación reclamada, señaló que en la sentencia aludida, la misma ya había sido reconocida al demandante. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, genérica, pago, falta de causa y título para pedir, compensación y cosa juzgada.

## **II. DECISIÓN DEL JUZGADO**

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito mediante providencia del 20 de octubre de 2020, dispuso:

**“PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCION DE COSA JUZGADA en consecuencia se ordena el archivo de las diligencias.**

**SEGUNDO: Sin costas.”**

Como fundamento de la decisión indicó que si bien al revisar los medios exceptivos se advirtió que no se propusieron excepciones previas solo de mérito, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 32 del C.P.L se tenía que se podría proponer como previa la excepción de prescripción cuando no hubiese discusión sobre la fecha de exigibilidad de la pretensión o de su interrupción o de su suspensión y que se podría decidir sobre la excepción de cosa juzgada, por lo que procedió a resolver la excepción de la cosa juzgada como previa, señalando que si bien fue planteada como de fondo por la demandada, teniendo en cuenta la norma mencionada, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 282 del C.G.P. que dispone que cuando el juez halle probado los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente conforme al precedente dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de radicación No. 39366 del 23 de octubre de 2012, en donde se señaló que la excepción de cosa juzgada podía ser declarada de oficio por los jueces.

Acto seguido procedió con el análisis de la cosa juzgada, verificando para ello si el nuevo proceso tenía el mismo objeto, se fundaba en la misma causa y existía identidad jurídica de las partes; advirtiendo que la identidad de partes y la misma causa se encontraban acreditadas, pues el demandante era JESUS ANGARITA NAVARRO contra el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, y que tenían la misma causa, esto era, el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación. Frente al objeto, indicó que el litigio se circunscribía en determinar si le asistía razón al demandante a que se prohiriera sentencia, mediante la cual se declarara la existencia de un contrato de trabajo cuyos extremos fueron, entre el 10 de febrero de 1989

hasta el 15 de enero de 1993 y si procedía el reconocimiento de la pensión de jubilación especial proporcional, indicando que de las documentales allegadas tales como la sentencia proferida por el Juzgado laboral de Aguachica, así como la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, se advertía que en esa oportunidad se ventiló además del reconocimiento de una pensión especial de jubilación convencional, la pensión restringida de jubilación en los términos del artículo octavo de la Ley 171 de 1971, resultando esta última avante, la cual fue confirmada por el tribunal, destacando que la aprobación de la cosa juzgada se desprendía del hecho que el estrado judicial no solo limitó al reconocimiento de la pensión restringida, sino que también se pronunció respecto a los extremos del vínculo laboral y encontró probado que éste tuvo vigencia entre el 6 de octubre de 1975 y hasta el 10 de febrero de 1989, resaltando que más allá de ese extremo final, tampoco se advirtió alguna prueba que apuntara a otro extremo que permitiera reabrir un planteamiento jurídico, con lo que la decisión quedaba cubierta con los principios de certeza y seguridad jurídica.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado del demandante solicitó la revocatoria de la providencia emitida, para que en su lugar se declare la infundada la cosa juzgada y se continúe con el trámite del proceso, puntualizando que si bien coincidía con la decisión del a quo, en que el demandante ya había solicitado anteriormente ante un estrado judicial una pensión sanción o pensión de jubilación restringida con base en artículo 8 de la Ley 171 de 1971, en la que el Juez de Aguachica - César había establecido que los extremos laborales eran del 7 de octubre de 1974 al 16 de febrero de 1989, precisa que lo que en el proceso se estaba ventilando, es que de acuerdo con unos nuevos presupuestos fácticos, el Gobierno Nacional mediante Decreto 1194 de 1992 amplió la existencia jurídica de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, hasta el 15 de enero de 1993 y como en la sentencia proferida por el Juzgado de Aguachica y confirmada por el Tribunal se ordenó el pago de los salarios dejados de percibir, esta debía extenderse hasta la extinción jurídica de FERROCARRILES NACIONALES

DE COLOMBIA, es decir hasta el 15 de enero de 1993, lo cual jamás fue estudiado o controvertido en procesos anteriores y, sobre estos nuevos fundamentos jurídicos es que se reclamaba la pretensión pensional con base en los artículos 7 y 3 de los decretos 895 y 1651 de 1991, por lo que no se daba identidad de causa petendi ni de petitum, solo se daba la identidad de partes, requiriendose para la aplicación de la cosa juzgada la triple identidad (causa petendi, petitum y partes).

#### IV. CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso señalar que el auto que decide sobre excepciones previas es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el asunto que se debate es la aplicación de la cosa juzgada, lo primero que debe tenerse en cuenta es que para la aplicación de la misma debe existir identidad de partes, identidad de objeto e identidad de causa, sin que para su procedencia sea necesario que las acciones en cuestión sean idénticas, pero sí que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente similares, tal y como se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que sobre el tema, en sentencia SL3649-2021 radicación No. 82379 del 7 de julio de 2021, señaló:

*“(…) como lo ha adoctrinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción, no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que, si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable (CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819, GJ CCLVI, n.° 2495, pág. 146-154, CSJ SL17406-2014 y CSJ SL12686-2016).*

(...)

*En este caso, se repite, en los dos procesos se persiguió el pago de la misma pensión sanción con una base fáctica fundamentalmente homogénea, cimentada sobre un mismo despido injusto, de manera que resultaba inobjetable el decreto de oficio de la excepción de cosa juzgada, pues, la finalidad de dicho instituto es preservar el principio de seguridad jurídica y la inmutabilidad de las decisiones judiciales y, por esa vía, evitar que respecto de unos mismos hechos se produzcan fallos contradictorios. (CSJ SL5121-2018, CSJ SL1364-2019, CSJ SL4015-2019 y CSJ SL2235-2021).*

(...)”

Bajo las anteriores premisas, se procederá a analizar las documentales que reposan en el expediente, a efectos de dilucidar la controversia suscitada, advirtiéndose que, en la sentencia expedida por el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica, el 27 de enero de 1995 (fl. 10 a 20 del expediente digital), se desprende que el demandante solicitó: Que se declarara que entre él y FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA DIVISIÓN MAGDALENA o FERROVIAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual fue terminado unilateralmente por la demandada, sin mediar causal justificativa; que el salario devengado ascendía a \$46.571; que el último cargo desempeñado por el demandante fue el de secretario de almacén, que se ordenara el reconocimiento y pago de todos los salarios, primas, horas extras, vacaciones que había dejado de percibir a partir de la fecha en que se produjo el despido y todas las demás que hubiere dejado de recibir aplicando el reajuste de sueldos dentro del periodo de ausencia del demandante y en consecuencia se dispusiera el reintegro a la demandada o a la entidad o empresa que hubiera reemplazado a la misma, junto con el reconocimiento y pago de salarios primas horas extras vacaciones y demás acreencias laborales, así como, al reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de qué trata el decreto 895 de 1991, los derechos legales ultra y extra petita

y las costas del proceso. En la parte considerativa del mencionado fallo, se indicó que de conformidad con las pruebas allegadas se acreditó que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 6 de octubre de 1975 y el 10 de febrero de 1989, que la demandada despidió en forma legal e injusta al demandante; frente al reintegro se señaló que esta acción no la tuteló la ley para los trabajadores oficiales como lo eran los trabajadores de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pues dicha acción fue prevista por el artículo 8° numeral 5° del decreto 2351 de 1965 para los trabajadores particulares que fueran despedidos injustamente después de 10 años de servicio, no obstante se refirió que las partes podían pactar el reintegro en las convenciones colectivas, sin que el demandante lo hubiera demostrado, por lo cual negó la pretensión principal, accediendo en consecuencia a las subsidiarias, esto es a la indemnización por despido injusto y a la pensión especial de jubilación por despido injusto, advirtiéndose que el resuelve fue el siguiente:

*“RESUELVE*

- 1. Declarar que JESUS ANGARITA NAVARRO, estuvo vinculado mediante contrato de trabajo a los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.*
- 2. Condenar al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES DE COLOMBIA a pagar al demandante la suma de OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$888.975.00) por concepto de indemnización por despido injusto.*
- 3. Condenar al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES DE COLOMBIA, al pago de la pensión especial de jubilación prevista en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, en una cuantía equivalente al salario mínimo legal vigente a la fecha en que cumpla o haya cumplido sesenta(60) años de edad.*
- 4. Condenar en costas a la demandada.”*

La anterior decisión fue confirmada en todas su partes, tal y como se desprende de la sentencia expedida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar, el 28 de marzo de 1995, de donde se extracta que el recurso de apelación presentado por el demandante se fundamentó en que el fallador omitió pronunciarse acerca de la pretensión encaminada a conseguir el pago de la prima de servicios, vacaciones, subsidio familiar y de transporte, que la condena por despido injusto no era la que correspondía por cuanto la cuantía no incluía el total de tiempo transcurrido desde la fecha del despido hasta la de la sentencia de

primera instancia y que se había incurrido en violación del artículo 7° del decreto 895 de 1991, toda vez que la cuantía de la pensión especial de jubilación no equivalía al 55% del salario promedio tal como se disponía para aquellos trabajadores que hubiesen laborado más de 15 años en los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

Sobre los aspectos anteriores planteados en el recurso, en la parte motiva de la decisión se indicó respecto a la denegación de los valores pretendidos por concepto de primas de servicios, vacaciones y subsidios, que el estudio integral del texto de la demanda permitía establecer que el actor lo planteó como consecuencia del reintegro y no como subsidiaria en el evento en que no sé accediera a esta, por lo que no buscó el pago de dichos valores que se hubieran causado a la fecha de extinción del vínculo sino de aquellos como consecuencia del restablecimiento del contrato, con lo que se advertía que se está modificando las pretensiones iniciales lo cual era inadmisibile y por eso no se accedía al reconocimiento. Frente a la cuantía de la indemnización por despido injusto se estimó que el actor estaba incurriendo en una impropiedad jurídica, ya que no era la consecuencia prevista para la terminación del contrato que existió entre las partes ya que al tratarse el demandante de un trabajador oficial dicha situación era regida por el artículo 51 del decreto 2127 de 1945 y si bien incurrió en error el fallador al establecer la cuantía de la indemnización conforme a una norma que regulaba una cuestión distinta a la controvertida, pues el decreto 895 de 1991 había sido concebido para introducir modificaciones en el régimen de pensiones bonificaciones e indemnizaciones con ocasión de la supresión de cargos en el proceso de liquidación de la empresa demandada, la decisión no era reformable porque de hacerlo se incurriría en una clara violación del principio de la no reformatio in pejus, toda vez que el monto perteneciente al trabajador era muy inferior al reconocido mediante la sentencia y, finalmente, tratándose de la condena impuesta por concepto de pensión especial de jubilación indica que tampoco se incurrió en el error endilgado por cuánto el precepto que se estimó infringido no era aplicable a la cuestión liquidada por las razones expuestas, y en todo caso en el evento de ser equivocada dicha apreciación era imposible acceder a la condena en la

forma pretendida por el recurrente porque no estaba probado el salario promedio, ni la edad del trabajador, por lo que confirmó la decisión.

De las mencionadas documentales lo primero que se advierte es que que existe una identidad de partes, aspecto frente al cual no existe controversia pues incluso se reconoce por el recurrente en la sustentación del recurso.

Frente a la identidad en el objeto, se observa que tanto en el primer proceso como en el segundo se pretende la declaratoria de un contrato de trabajo, en el que lo disímil es el extremo final del mismo, indicándose en el segundo proceso que debe ser el 15 de enero de 1993 y no el 10 de febrero de 1989, fijado en el primer proceso, bajo unos supuestos fácticos disímiles a los expuestos en la primera acción, pues en aquella se indicó que entre las partes había existido una relación laboral entre el 6 de octubre de 1975 y el 10 de febrero de 1989 (fecha en que fue despedido sin justa causa) y en la segunda se pretende la extensión hasta la liquidación de la empresa el 15 de enero de 1993, lo cual no altera la identidad de objeto, pues no porque se plantee un supuesto factico diferente, puede desconocerse el efecto de la cosa juzgada respecto del extremo final de la relación laboral, que fue determinada en el primer proceso.

Costas a cargo de la parte demandante.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión proferida el 20 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en la que declaró probada la excepción de cosa juzgada.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

Se fijan como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS \$ 200.000.00 para que se incluyan en la oportunidad señalada en el artículo 366 del CGP.

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por ORQUESTA  
FILARMONICA DE BOGOTÁ contra SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN**

**EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00661 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN en contra el fallo proferido el 4 de agosto de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 46) y remitido el expediente a esta Corporación en junio de 2021.

**I. OBJETO DE LA ACCIÓN**

La ORQUESTA FILARMONICA DE BOGOTÁ pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de la incapacidad médica que le fue expedida al trabajador RICARDO ARTURO CLARO, por el periodo

comprendido entre el 11 al 18 de diciembre de 2014, por valor de \$189.600.

## **II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES**

La parte actora manifestó que al trabajador RICARDO ARTURO CLARO, le fue expedida incapacidad médica por enfermedad común entre 11 y el 18 de diciembre de 2014, la cual le fue pagada al trabajador el 22 de enero de 2015, en suma ascendente a \$189.600 y que si bien realizaron el respectivo recobro ante SALUDCOOP, quien la aprobó mediante autorización No. 3084220712 del 19 de junio de 2015, a la fecha no han recibido el pago de la mencionada incapacidad.

## **III. RESPUESTA DE SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN**

La demandada sostuvo que mediante Resolución No. 2414 del 24 de noviembre de 2015, la Superintendencia Nacional de Salud ordenó la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar SALUDCOOP, encontrándose en los trámites de cumplimiento de las etapas previstas en el Decreto 2555 de 2010. Así mismo, refirió que la Corte Constitucional determinó la naturaleza del proceso liquidatorio y estableció que existía un marco normativo especial para la toma de posesión y los procesos de liquidación (Decreto 663 de 1993, Ley 510 de 1999 y Decreto 2555 de 2010), que en razón de lo anterior, entre los días 2 y 17 de diciembre de 2015, se publicaron en radio y periódico diversos avisos emplazatorios en los que invitaba a los distintos acreedores a presentar sus créditos; que de igual forma en la página web de la entidad se publicó información acerca de los términos, condiciones y requisitos para la recepción de acreencias, por lo que cualquier persona natural o jurídica que considerara que existía una obligación en su favor debió presentar la misma en forma oportuna, en el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2015 y el 18 de enero de 2016, en los términos del 9.1.3.2.2 del Decreto 2555 de 2010 y en consecuencia únicamente se tendrían presentadas como oportunas las reclamaciones allegadas dentro del periodo mencionado y, las que no se

hubiesen presentado dentro del mismo, se estudiarían como pasivo cierto no reclamado siempre y cuando se cumpliera la condición establecida en el artículo 9.1.3.2.7 del Decreto 2255 de 2010, precisando que mediante Resolución No. 1945 del 22 de diciembre de 2016, se realizó nueva calificación y graduación de las acreencias presentadas por concepto de prestaciones económicas; mediante Resolución 1958 de marzo de 2017, fueron calificadas y graduadas las reclamaciones presentadas por conceptos de aportes al Sistema General de Seguridad Social y mediante Resolución 960 del 6 de marzo de 2017, se resolvieron objeciones a créditos presentados oportunamente y que debía tenerse en cuenta que los créditos que fueron reconocidos, se pagarían una vez se lograra la realización de los activos de la entidad.

#### **IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA**

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió a las pretensiones planteadas, señalando que la Superintendencia actuaba con las facultades propias de un juez ordinario y no como autoridad administrativa frente a las que el Decreto 2555 de 2010, estableció un tratamiento especial como se advertía en el artículo 9.1.3.5.10 (Reglas para el pago de obligaciones procesos en curso – b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión), por lo que le correspondía definir si al demandante le asistía el derecho al reconocimiento y pago de las incapacidades y al agente liquidador determinar la forma en como materializaba ese derecho con observancia a las reglas del proceso de liquidación. Así mismo, indicó que aunque no se apreciaba que se hubiera presentado la acreencia dentro del proceso liquidatorio, ello no impedía que fuera objeto de demanda. Finalmente, señaló que como no existía debate jurídico en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, de acuerdo con lo señalado en el escrito de contestación, ordenó el reembolso de las incapacidades, teniendo en cuenta el salario devengado y que los 2 primeros días de incapacidad estaban a cargo del empleador, lo que arrojaba una suma a reconocer de \$189.609,48.

## **V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN**

SALUDCOOP EPS EN LIQUIDACIÓN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que vencido el término para la presentación de las acreencias en el proceso de liquidación, operó la consolidación de las reglas que gobiernan el proceso liquidatario como un principio de seguridad jurídica y debido proceso, por lo que el pago de las acreencias desconocería la relevancia constitucional del principio de igualdad de los 25.000 acreedores que se hicieron parte en el proceso de liquidación al permitir que se ordenara el pago del crédito reclamado sin que se hubiese surtido el procedimiento establecido para la respectiva calificación del mismo y sobre el particular, trajo a colación sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 24 de octubre de 2013. Señaló que tratándose de créditos inmersos en procesos judiciales debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, el cual precursora dos situaciones, concluyendo que las normas que regían el proceso de liquidación contemplaban las circunstancias que se podían presentar cuando estaban en discusión posibles obligaciones litigiosas a cargo de la entidad en liquidación, para así garantizar a los acreedores que se encuentren en esa situación sus derechos a la igualdad y debido proceso y en la medida en que los recursos de la entidad lo permitan, el pago efectivo de sus acreencias en el caso en que se profiera sentencia favorable a sus intereses.

Establecida de esta manera la inconformidad, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

## **VI. CONSIDERACIONES**

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandante, lo primero que debe tenerse en cuenta es que con posterioridad a la expedición de la Resolución No. 2414 del 24 de

noviembre de 2015, mediante la cual se ordenó la toma de posesión y la intervención forzosa para liquidar SALUDCOOP, la demandada expidió comunicación el 19 de junio de 2015, en la que daba respuesta a solicitud de prestaciones económicas presentada por la aquí demandante, dentro de la cual se encuentra relacionada la prestación reclamada, esto es, la incapacidad expedida al señor RICARDO ARTURO CLARO, con fecha de inicio del 11 de diciembre de 2014, la cual registra en el ítem Resultado “Aprobado” y en Causal “Su solicitud está en proceso de gestión de pago”, indicándose respecto de la condición de APROBADO *“Para los casos en los cuales procede la solicitud de pago, nos permitimos informarle que dentro de los 20 días hábiles, la EPS realizará la consignación correspondiente a la cuenta bancaria suministrada por usted”*, reconocimiento que se realizó con anterioridad a la expedición de los avisos emplazatorios en los que se invitaba a los distintos acreedores a presentar sus créditos, pues conforme lo señalado en la misma contestación estos fueron efectuados en diciembre de 2015, de lo que se colige que la acreencia reclamada fue aceptada expresamente por SALUDCOOP y se encontraba lista para pago varios meses antes de que se iniciara incluso con los emplazamientos a los acreedores, por lo que quien incumplió con sus obligaciones fue la demandada, máxime que con dicho reconocimiento se entendía que ya no debía surtir ningún trámite adicional, por lo que quien debe asumir la carga de tal asentimiento es la demandada.

Aunado a lo anterior, y si bien es cierto que la Corte Constitucional, en Sentencia C- 089 del 26 de septiembre de 2018, señaló que el procedimiento aplicable para la liquidación de las EPS e IPS, se encuentra contemplado en los Decretos Ley 663 de 1993, Decreto 2418 de 1999, y a la Ley 510 de 1999, aplicables en virtud de remisión expresa de los Decretos 1922 de 1994, Decreto 1015 de 2002, Decreto 3023 de 2002, Decreto 2555 de 2010, y demás normas que modifican y complementan el EOSF y a los procesos de intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las EPS e IPS les eran aplicables las normas de procedimiento previstas a partir del artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Decreto Ley 633 de 1993-, modificado por la Ley

510 de 1999, Decreto 2555 de 2010 y demás normas que lo adicionen o complementen, de dicho pronunciamiento también resulta relevantes los siguientes apartes en los que se explica cómo es el procedimiento para el reconocimiento de acreencias en la liquidación de las EPS e IPS:

*“74. A tal efecto, en el proceso liquidatorio el pasivo a cargo de la institución en liquidación se determina de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010 que a partir de su artículo 9.1.3.2.1., normativa que prevé el emplazamiento de todas las personas jurídicas públicas o privadas que consideren tener derecho a formular reclamaciones de pago ante la intervenida, para lo cual deberán aportar prueba sumaria de los créditos.*

*75. El emplazamiento incluirá el término para presentar las reclamaciones en forma oportuna (lit. b. artículo 9.1.3.2.1. Decreto 2555 de 2010). **De manera que con el emplazamiento se advierte que una vez vencido este término el liquidador no tendrá facultad de aceptar ninguna reclamación, y que las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, al igual que las obligaciones no reclamadas, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado. Asimismo, el edicto emplazatorio implica la obligatoria suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta naturaleza.** El término para presentar reclamaciones en ningún caso podrá superar un mes, contado a partir de la fecha de publicación del último aviso emplazatorio. (Subrayas y negrita fuera de texto).*

*76. Una vez vencido el plazo para presentar reclamaciones, se correrá traslado a los interesados por un término de cinco días hábiles, para que los interesados puedan objetar las reclamaciones presentadas (Artículo 9.1.3.2.3 Decreto 2555 de 2010). Culminada esta etapa, el liquidador determinará las sumas y bienes excluidos, y los créditos a cargo de la masa de liquidación de la entidad. Para ello, dentro de los treinta días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el liquidador resolverá las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.*

*77. Dicha decisión es adoptada mediante acto administrativo motivado y notificada por edicto. Contra la resolución que determina las sumas y bienes excluidos de la masa patrimonial en liquidación, así como los créditos a cargo de esta, procede recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la desfijación del edicto por el que se notificó la decisión. De los recursos presentados, se correrá el traslado correspondiente a la entidad durante los cinco días siguientes al vencimiento de término de presentación. Una vez notificadas las resoluciones que resuelven los recursos y ejecutoriados el acto mediante el cual se decidió sobre las sumas y bienes excluidos, y se determinaron los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, se procede a su cumplimiento de forma inmediata.*

*(...)*

Como se observa, en el aparte antes citado, se tiene que una vez realizado el emplazamiento el liquidador no tendría la facultad de aceptar ninguna reclamación, y que las reclamaciones presentadas en forma

extemporánea, al igual que las obligaciones no reclamadas, serían calificadas como pasivo cierto no reclamado, de lo que se concluye que antes de los edictos emplazatorios si se podían reconocer y/o aceptar las reclamaciones presentadas y por tanto la demandada debía proceder al pago al que se había comprometido, sin que con ello pueda considerarse que existe vulneración a los derechos de los demás acreedores, pues incluso tenía un derecho primigenio al de estos.

Adicionalmente, y en gracia de discusión respecto a que la acreencia reconocida debía surtir el trámite establecido en el proceso liquidatorio, debe tenerse en cuenta que el artículo 9.1.3.5.10 del Decreto 2555 de 2010, que contempla las reglas para el pago de las obligaciones respecto de procesos judiciales en curso, establece lo siguiente:

**“Artículo 9.1.3.5.10 Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso.** Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) *Procesos iniciados antes de la toma de posesión:* El liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 9.1.3.2.4 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

**b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión:** Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.” (Subrayas y negrita fuera de texto).

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la norma antes transcrita incluso contempló una de las situaciones aquí acaecida, esto es, que se iniciara un proceso con posterioridad a la toma de posesión de la EPS y determinó el tratamiento a seguir, se tiene que nada impedía que se emitiera una decisión respecto al reconocimiento y pago de la acreencia reclamada como erróneamente lo establece la demandada.

Por las razones anteriores, se procederá a confirmar la decisión.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, de fecha 11 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

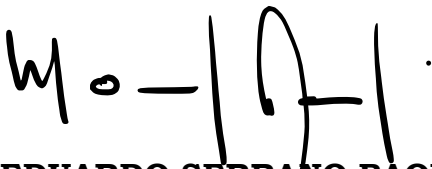
Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**



**MARLENY RUEDA OLARTE**

Sumario Apelación Providencia  
N° 2021 00661 01  
Orquesta Filarmónica de Bogotá  
Saludcoop EPS en Liquidación



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDILBERTO BRICEÑO  
QUINTERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES.**

**RADICADO: 11001 3105 006 2018 00784 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**AUTO**

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.486.436 y tarjeta profesional No. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de diciembre de 2020.

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

El apoderado del demandante indicó que no existía duda en que a su representado le asistía el derecho a la pensión de vejez por alto riesgo al haber cotizado 1466 semanas y 1217 en alto riesgo, a la fecha de la solicitud primigenia, esto es, el 13 de abril de 2018 con lo que se demostró el cumplimiento de los requisitos determinados por la ley 100 del 93, ley 797 de 2003 y decreto 2090 de 2003, para adquirir el derecho especial de vejez por alto riesgo, señalando que si bien el a quo fallo a favor del demandante no determinó la fecha en la cual se debía reconocer la pensión, por lo que se debía reconocer el pago a partir de abril de 2018, data para la cual contaba con 50 años 3 meses y 1466 semanas cotizadas y 1217 en alto riesgo, cuando solo requería 1000 semanas de exposición en alto riesgo y 1300 semanas de cotización total según la ley para el año 2018, por lo que COLPENSIONES había colocado cargas adicionales al demandante.

Por su parte, COLPENSIONES, indicó que no se cumplían los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y por tanto el estudio debía efectuarse de acuerdo con el Decreto 2090 de 2003, artículos 2, 3 y 4, destacando que no todos los trabajadores de una empresa catalogada como de alto riesgo, le eran aplicables los presupuestos del mencionado decreto en cuanto no todos desarrollaban ese tipo de actividades y por tanto al solicitar el reconocimiento de una pensión especial de alto riesgo era indispensable, allegar el certificado de ARL en que se precisara la categorización de la empresa y el certificado laboral de todos los empleadores con los cuales se hubieran desempeñado actividades de alto riesgo pues sin dicha documentación no era posible determinar si a un afiliado le era aplicable o no los postulados del Decreto 2090 de 2003 y que conforme a ello, el demandante no acreditaba el estatus pensional toda vez que debía cumplir 62 años de edad y 1300 semanas cotizadas, de manera que al contar con 53 años de edad y 1466

semanas cotizadas no se cumplían los presupuestos de la Ley 797 de 2003.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió se declarará que estuvo expuesto a sustancias cancerígenas como el asbesto entre el 8 de marzo de 1995 y el 30 de julio de 2018, así como, que cotizó al sistema de seguridad social con cotizaciones en alto riesgo antes de julio de 2013 y cotizó más de 437 semanas en vigencia del decreto 2090 2003, que había cotizado 780 semanas en alto riesgo, que durante toda su vida laboral cotizó 1466,71 semanas y que solicitó pensión especial de vejez por alto riesgo la cual le fue negada por COLPENSIONES sin tener en cuenta lo establecido en las normas vigentes, en consecuencia se condene a la demandada a conceder la pensión especial de vejez por alto riesgo, en razón a que cuenta con más de 1466 semanas de cotización general y 1217 semanas de cotización de alto riesgo por exposición a sustancias como el asbesto, a partir del 13 de abril de 2018 por haber cotizado más de 517 semanas adicionales a las 700 exigidas en el decreto 2093 de 2003, en cuantía de \$1.182.206, y al pago intereses moratorios de qué trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a los derechos ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que qué había cotizado 1481,57 semanas al 31 de julio de 2018; que inició a laborar con INCOLBESTOS S.A. en marzo primero de 1995, por lo que al 31 de julio de 2018, sumo 1217,45 semanas de cotización especial a pensión en alto riesgo por exposición a sustancias cancerígenas; presentó solicitud de reconocimiento de pensión especial de vejez por alto riesgo a COLPENSIONES el 13 de abril de 2018, no obstante, el 19 de julio de 2018, fue expedida la resolución sub-18 5687 del 12 de julio de 2018 en la cual se negó la solicitud de reconocimiento de pensión especial con sustento en el Decreto n° 2090 de 2003 y la circular interna 15 de 2015 de COLPENSIONES y por cuanto el solicitante contaba con 1466 semanas de cotización general; el 1° de agosto de 2018, radicó reposición y en subsidio apelación frente a la resolución que negó la prestación y se

expidió resolución SUB 2144 24 del 13 de agosto de 2018, por COLPENSIONES, la cual resolvió desfavorablemente la reposición presentada argumentando las mismas razones aducidas en la resolución anterior y agregando que las certificaciones allegada al expediente aunque indicaban que el solicitante desempeño trabajos con exposición a factores de algo riesgo, no se hacía claridad a qué sí los mismos eran comprobadamente cancerígenos ni se determinaba bajo qué periodo se había realizado dicha actividad y sobre cuales se había afectado cotización especial, indicándose que si bien se acreditaba un total de 1471 semanas ordinarias, no se tenía certeza cuáles eran de desempeño de alto riesgo pues la certificación que había sido allegada no era clara en establecer los extremos del desempeño de actividades de alto riesgo. El 21 de septiembre de 2018, COLPENSIONES expidió la resolución DIR 16934 el 18 de septiembre de 2018, en la que no se hizo mención estricta de las razones por las que se negaba la prestación salvó la exigencia de 1600 semanas de cotización en el régimen general.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 6, 13, 29, 47, 48, 53, 84, 93, 241 y 243 de la Carta Política, los artículos 13, 14, 21, 48, 74 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y los artículos 142 y 289 de la Ley 100 de 1993, así como, el Decreto 1281 de 1994 y el Decreto 2090 de 2003. De igual forma trajo a colación las sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral con radicación 35595 del 18 de marzo de 2019 y la sentencia SL13995 del 7 de septiembre de 2016.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda (fl. 57-97), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando que el demandante no podía ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el decreto 1281 de 1994, ni el establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues tratándose del primero, se tenía que el demandante al 24 de junio de 1994, contaba con 27 años de edad y con 159.8 semanas de cotización, por lo que no se cumplían con los requisitos

allí señalados, respecto al artículo 36 de la ley 100 del 93 se indicó que el señor Linares al 1° de abril de 1994 contaba con 27 años de edad y 148,56 semanas cotizadas por lo que se entendía que no era beneficiario del régimen de transición, ya que no contaba ni con 40 años de edad ni con 15 años de servicio o semanas cotizadas al primero de abril de 1994, subsiguientemente, indicó que el demandante cumpliría 55 años de edad en el año 2022, por lo que la norma aplicable será el Decreto 2090 de 2003 y que al verificar la historia laboral del mismo, este contaba con 769,85 cotizadas en alto riesgo, mencionando que la circular 15 de 2015 y los artículos 3 y 4 del Decreto 2093 de 2003, establecían los requisitos para el reconocimiento, concluyendo que de acuerdo con estas como el demandante contaba con 51 años de edad y 1420 semanas cotizadas de las cuales 769 eran de alto riesgo y toda vez que para poder reconocer la prestación en la edad mencionada debería contar con un total de 1540 semanas cotizadas, de las cuales 940 deberían ser en alto riesgo, aun no se había adquirido el derecho a la pensión reclamada; adicionalmente, se mencionó que realizado el estudio con la Ley 797 de 2003, aunque el demandante cumplía con la densidad de semanas requeridas aun no contaba con los 62 años de edad, por lo que no había adquirido el estatus pensional y no procedía condena por ningún concepto.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2020, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

**“CONDENAR** a la administradora colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante señor ÁLVARO ENRIQUE LINARES GARZÓN, la pensión especial de vejez de alto riesgo de conformidad con el valor de la mesada que se liquide al retiro del sistema del accionante en aplicación de lo normado por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

*Lo anterior, junto con los aumentos legales y la mesada adicional.*

*Costas a cargo en la parte demandada vencida en el proceso, se fija la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000) por concepto de agencias en derecho”*

Como fundamento de su decisión, argumentó que el acto de reconocimiento pensional que se aludió por la apoderada judicial de

Colpensiones no se aportó al proceso, y por tanto continuo con el análisis, señalando que para dirimir el conflicto debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2093 de 2003, no obstante, como quiera que entre la vigencia del Decreto 1281 de 1994 (22/06/1994) y la vigencia del Decreto 2090 de 2003 (28/06/2003), no era posible que en ese tiempo se cumpliera con las 500 semanas de cotización especial que regulaba el artículo 6 del Decreto 2090 de 2003, correspondía considerar las semanas laboradas por el accionante en actividades de alto riesgo bajo la égida del Decreto 1281 de 1994.

Acto seguido mencionó que el demandante prestó sus servicios a INCOLBESTOS S.A., mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el día 8/03/1995 hasta 24/07/2018 (fl. 24), acreditando un total de 1399 semanas de cotización especial por razón de estar expuesto a trabajo con sustancias comprobadamente cancerígenas como el ASBESTO CRISOLITO, trayendo a colación que en relación con las cotizaciones especiales por alto riesgo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia explicó el criterio orientado a habilitar los soportes en caso de actividades de alto riesgo, así no se hubiese cotizado el porcentaje adicional previsto por el Decreto 1281 de 1994 y 2093 de 2003 que derogó el anterior, porque no era el trabajador quien debía correr con las consecuencias adversas del incumplimiento del empleador, si se había demostrado que efectivamente desempeñó esa clase de labores especiales (Sentencia SL1398 citada en la sentencia SL4616-2016).

Subsiguientemente, se indicó que como el accionante acreditó que a la edad de cincuenta años que cumplió el día 29/11/2017, acreditó 1200,28 semanas de cotización especial contabilizadas desde el 1/03/1995 al 31/08/2018, según consta a folios 44-46, la súplica de la demanda estaba llamada a prosperar, en consecuencia, se condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión especial de alto riesgo de conformidad con el valor de la mesada que se liquidara al retiro del sistema.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación a efectos que se concediera la pensión a partir de abril de 2018, fecha en la cual había cumplido el señor Álvaro Enrique Linares los requisitos especiales de pensión de vejez por alto riesgo y toda vez que no era posible retirarse del Sistema General de Pensiones, dado que no le fue concedida la pensión sin justificación legal.

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia teniendo en cuenta que si bien no se aportó en debida forma la resolución de reconocimiento, tampoco lo hizo la parte actora y con ello se demostraba la mala fe con la que ésta actuaba dentro del presente proceso, refiriendo que mediante la Resolución No. SUB 81532 del 27 de marzo de 2020, COLPENSIONES reconoció una prestación de vejez por actividad de alto riesgo a favor del demandante con una mesada pensional inicial de \$1.136.868 pagadera a partir del 1° de abril del 2020, la cual se reconoce a corte de nómina por cuanto el demandante había realizado aportes hasta el mes de febrero del año 2020, resaltando que la resolución fue debidamente notificada al demandante y soporte de ello era que mediante solicitud radicada bajo el No. E\_2020\_1684081 del 23/10/2020 se solicitó una reliquidación de la prestación pensional reconocida, documental que permitía entrever que el demandante conocía la resolución y que no se encontraba conforme con la mesada pensional que le reconoció en su momento COLPENSIONES, solicitando que se tuviera en cuenta la documental que se aportaría en debida forma la cual permitiría identificar la resolución y solicitud de reliquidación mencionada.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará sobre la viabilidad del reconocimiento y pago de la pensión de vejez por el ejercicio de actividades de alto riesgo y en caso afirmativo si su reconocimiento procede desde el 18 de abril de 2018.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que no existe controversia en los siguientes puntos: i) el Señor ALVARO ENRIQUE LINARES GARZÓN nació el 29 de noviembre de 1967, tal y como se desprende de la Resolución SUB 214424 de 2018 fl. 28-35; ii) desempeñó actividades desde el 8 de marzo de 1995, como operario de producción en INCOLBEST S.A., en ejercicio del cual ha estado expuesto a material de alto riesgo “ASBETO CRISOTILO” fl. 24 y iii) que tiene 1497,72 semanas cotizadas ante COLPENSIONES según se desprende del reporte de semanas cotizadas actualizado al 19 de febrero de 2019, obrante en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES.

Para resolver debe tenerse en cuenta que en el sistema general de pensiones las actividades de alto riesgo que acarrean el reconocimiento de pensiones especiales han sido reguladas inicialmente por el Decreto 758 de 1990, posteriormente por el Decreto 1281 de 1994 y finalmente por el Decreto 2090 de 2003 *“Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”*.

Ahora bien, a efectos de revisar cual es la norma aplicable al asunto, debe tenerse en cuenta que aunque en principio se tendría que la norma aplicable por ser la vigente para la época de los hechos es el Decreto 2090 de 2003, no puede pasarse por alto que, dicha normativa en el artículo 6, contempló lo siguiente:

**“ARTÍCULO 6o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.** *Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos 500 semanas de cotización especial, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo.*

**PARÁGRAFO.** *Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.”*

Conforme se desprende de la norma citada para ser beneficiario del régimen de transición y que le resultare aplicable lo dispuesto en la norma anterior, esto es, el Decreto 1281 de 1994, se debía contar con 500 semanas de cotización especial a la fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003, esto era, al 28 de julio de 2003, debiéndose tener en cuenta que si bien tal y como lo refiere el a quo uno de los aspectos que se cuestionó frente a la referida norma era la exigencia de las 500 semanas de cotización ya que la acreditación de las semanas referidas era imposible de realizar por razones cronológicas si se tomaban las fechas de vigencia de los decretos, no puede pasarse por alto que la referida norma fue objeto de análisis de constitucionalidad, siendo declarado condicionalmente exequible en sentencia C-663 de 2007, bajo el siguiente entendimiento:

“(…)

*7.1. La Corte procederá, por las razones anteriores, a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 6° del Decreto Ley 2090 de 2003 acusado con el fin de remover este obstáculo al acceso al régimen de transición pensional. Para ello se tomará en cuenta la interpretación más favorable a los trabajadores, que es aquella que les permite acreditar el número de semanas de cotización para mantenerse en el régimen de transición, con las semanas cotizadas en los diferentes regímenes previos donde tales actividades hayan sido jurídicamente calificadas como de alto riesgo, así tales cotizaciones no tuvieran el carácter de "especiales" al momento de entrar a regir el Decreto 2090 de 2003. De esta manera, no serán exigibles 500 semanas de "cotización especial" ni un mínimo de semanas de "cotización especial". Dicho de otro modo, en atención a la perspectiva naturalista y jurídica descritas previamente sobre el límite establecido por el legislador con el régimen de transición fijado en el artículo 6° del decreto acusado, es claro que para permitir el acceso de los trabajadores de alto riesgo al régimen de transición descrito, deben valer dentro de las 500 semanas de cotización especial aquellas semanas de cotización que pueda acreditar el trabajador efectuadas en cualquier actividad previa a ese decreto, que hubieren sido calificada jurídicamente como de alto riesgo y no sólo las cotizaciones de carácter "especial" derivadas del Decreto 1281 de 1994. Dicha calificación jurídica puede haberse plasmado en diferentes tipos de regulación especial en materia pensional en razón del riesgo asociado a la actividad efectuada, v.gr, (i) regulaciones que establecían una cotización especial, (ii) normas que clasificaban la actividad como de alto riesgo, (iii) o un régimen especial de orden pensional justificado por la necesidad de protección especial de la actividad y del trabajador que la realiza exponiéndose a riesgos. Así también se acoge la interpretación más favorable al trabajador.*

*En ese sentido se declarará la exequibilidad del inciso primero del artículo 6° del Decreto 2090 de 2003, por el cargo analizado, en el entendido de que para el computo de las "500 semanas de cotización especial", también se podrán acreditar aquellas semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo.*

(...)”.

Así las cosas, se procederá a revisar si el demandante para el 28 de julio de 2003 contaba con 500 semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiese sido calificada jurídicamente como de alto riesgo, evidenciándose que de las documentales allegadas al plenario solo es posible establecer como se profundizara más adelante que este tipo de cotizaciones se efectuaron a partir del 8 de marzo de 1995, por lo que para el 28 de julio de 2003 (entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003), no se contaba con las semanas necesarias para conservar el régimen de transición, por lo que el asunto debía analizarse a la luz de lo contemplado en el Decreto 2090 de 2003 y no como se señaló por el a quo, debiéndose precisar que la vigencia del referido Decreto fue prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2024, por lo que, para pensionarse conforme a lo dispuesto en el mismo, debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos antes de dicha data.

Así, se tiene que el artículo 2° del Decreto 2090 de 2003, considera como actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores, dentro de otras la siguiente:

4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Por su parte, el artículo 3° de la referida normatividad, establece que los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades allí indicadas, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos contemplados en el artículo 4°, que a saber, son:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

La edad para el reconocimiento de esta prestación se disminuirá en 1 año por cada 60 semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

De conformidad con el anterior marco normativo, pasa la Sala a verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos a efectos de establecer si al actor le asiste el derecho que reclama. Para ello, se verificará en primer lugar si el actor desempeñó actividades de alto riesgo por lo menos durante 700 semanas. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la norma exige efectuar la cotización especial por dicho período de tiempo, el reiterado criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sentado que el alcance de ese precepto implica la verificación de que la actividad cumplida por el trabajador corresponda a las catalogadas como de alto riesgo, así el empleador haya incumplido con el deber de esa cotización adicional, pues no puede ser el afiliado quien corra con las consecuencias negativas de tal omisión, por lo que la administradora de pensiones una vez satisfechos los demás requisitos legales, debe proceder al reconocimiento de la prestación. Ello, sin perjuicio de que la entidad de seguridad social pueda reclamarle al empleador que no satisfizo la obligación del aporte especial o que el juez lo imponga por tratarse de una obligación legal (sentencia SL 585-2013). Por tanto, no resulta pertinente que el juzgador verifique en el proceso si en efecto el empleador realizó la cotización especial a la entidad de seguridad, pues la omisión en su pago no puede ser un obstáculo ante un eventual reconocimiento de la pensión especial de vejez.

Atendiendo el anterior criterio, se advierte que de los certificados que obran de folio 24 a 25 del expediente, se desprende que el demandante prestó sus servicios a INCOLBEST S.A. desde el 8 de marzo de 1995 y por lo menos hasta el 24 de julio de 2018 (fecha de expedición de la certificación), desempeñándose como operario de producción y

refiriéndose que “(...) el empleado en el desempeño de su cargo ha desarrollado los siguientes roles polivalentes en los procesos de la planta, todos con exposición al material de alto riesgo ASBESTO CRISOTILO”, así mismo, en la certificación expedida por la ARL SURA, el 19 de diciembre de 2017, se indicó “(...) se evidenció que esta en el cargo de operario de Producción, Planta Materiales de Fricción, estando en exposición a polvo asbesto crisotilo – ARL SURA certifica que la clase de riesgo cotizado por INCOLBEST S.A. para el cargo fue clase V con un porcentaje del 6.960%”.

Respecto a la condición de cancerígeno del ASBESTO, la organización mundial de la Salud, en informe del año 2015, indicó “El Centro Internacional de Investigaciones sobre el Cáncer ha clasificado el asbesto (actinolita, amosita, antoilita, crisotilo, crocidolita y tremolita) en la categoría de sustancias carcinógenas para el ser humano. La exposición al crisotilo, la amosita y la antoilita, así como a mezclas con crocidolita, aumenta el riesgo de desarrollar cáncer de pulmón. Se han detectado casos de mesotelioma tras la exposición laboral a la crocidolita, la amosita, la tremolita y el crisotilo, así como en poblaciones residentes en las cercanías de fábricas y minas de asbesto, y en personas que conviven con trabajadores que manipulan estos minerales.”<sup>1</sup>, con lo que se acredita la actividad de alto riesgo desplegada por el demandante al laborar con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Ahora bien, como el actor nació el 29 de noviembre de 1967, se tiene que cumplirá los 55 años de edad el 29 de noviembre de 2022 y dado que cuenta con 1497,72 semanas cotizadas de las cuales 1.218 serian de alto riesgo, atendiendo la normativa que regula la materia por cada 60 semanas de cotización adicional a las mínimas requeridas se disminuirá en un año la edad, sin que la misma pudiera ser inferior a 50 años, se tendría lo siguiente:

| SEMANAS MÍNIMAS<br>(Art. 9 Ley 797/03) | SEMANAS CON<br>COTIZACIÓN ESPECIAL | REDUCCIÓN<br>EDAD |
|----------------------------------------|------------------------------------|-------------------|
| 1300                                   | 700                                | 55                |
| 1360                                   | 760                                | 54                |

<sup>1</sup> Asbesto Crisotilo. Organización Mundial de la Salud 2015. Recuperado de: [http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/178803/9789243564814\\_spa.pdf;jsessionid=A38E91BA0AE141BC86FF89B02C623BDA?sequence=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/178803/9789243564814_spa.pdf;jsessionid=A38E91BA0AE141BC86FF89B02C623BDA?sequence=1)

|      |      |    |
|------|------|----|
| 1420 | 820  | 53 |
| 1480 | 880  | 52 |
| 1540 | 940  | 51 |
| 1600 | 1000 | 50 |

Por lo que se entiende que la fecha de causación del derecho lo fue el 27 de noviembre de 2019 *-fecha en que probó la edad de 52 años-* no obstante, como para la calenda en que se profirió la sentencia de primera instancia, el afiliado aún continuaba cotizando ya que no se aportó soporte que acreditara su desafiliación del sistema, máxime que en el reporte de semanas cotizadas actualizado a 2019 se registró en el estado de afiliación “Activo Cotizante”, el disfrute de la pensión, tal como lo consideró el juez de primera instancia, será partir de la fecha en que se desafilie del sistema, teniendo en cuenta para hallar el Ingreso Base de liquidación, lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos diez años o las cotizaciones realizadas durante toda la vida laboral, según le sea más favorable, sin que la cuantía sea inferior al salario mínimo y percibiendo 13 mesadas anuales.

En conclusión, el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo, desde el preciso momento en que se desafilie del sistema, ello por cuanto la norma que regula la causación y disfrute de la pensión de vejez es el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, siendo pertinente precisar que si bien esta normatividad no fue en virtud de la cual le fue realizado el reconocimiento al demandante, la misma le es aplicable al regular aspectos generales sobre esta prestación y sigue vigente en tanto no se entiende derogada por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como quiera que el artículo 31 de la mencionada ley dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte, así se tiene que la norma en comento señala:

**“ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.**  
*La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

Igualmente, conviene recordar lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL281-2020 de Radicación No. 72149, en donde sobre el requisito de desafiliación se indicó:

(...)

*De manera reiterada esta corporación ha dicho que el disfrute de la pensión de vejez está condicionado, en principio, a la desafiliación formal del sistema, tal y como se señaló en la sentencia CSJ SL15091-2015:*

*En ese orden, es evidente y surge nítidamente del precepto en comento (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) que, para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuentemente indica que mientras no exista esa desafiliación, el pensionado no puede recibir el importe de la mesada. Y la censura, en este punto, sostiene que la dicha situación no tiene cabida cuando se trata del reajuste de una pensión ya reconocida, pero si cuando se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde una fecha anterior a la desafiliación y posterior a la estructuración de la pensión. Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del sistema del pensionado –que continúa cotizando-- la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.*

*Con base en lo anterior, no puede deducirse del cumplimiento de los requisitos la desafiliación del sistema, pues el afiliado cuenta con la posibilidad de seguir cotizando, toda vez que esos aportes adicionales pueden tener como propósito completar el requisito de semanas exigido para adquirir el derecho o incrementar el monto pensional cuya cuantía queda determinada en el momento de dicha causación.*

*En consecuencia, la cesación de pagos no supone per sé la desafiliación del sistema, pues son dos instituciones jurídicas diferentes, tal y como se expresó en la sentencia CSJ SL5515-2016, que reiteró lo dicho en la SL 6035-2015:*

*[...] no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.*

*Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.*

(...)

*Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, esta sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, como es el caso en que el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión, que ha sido solicitada en tiempo; por lo que se ha indicado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han*

completado los requisitos (CSJ SL 34514, 1 sep. 2009; SL 39391, 22 feb. 2011; SL 38558, 6 jul. 2011; SL 37798, 15 may. 2012).

*En el caso en que el afiliado no continúe cotizando y su empleador no presente la novedad de retiro, solo en razón de esa conducta omisiva, no se puede negar la prestación, ella debe concederse desde el momento mismo del cumplimiento de la totalidad de los requisitos. Así lo ha señalado esta sala en sentencias como la CSJ SL 35605, 20 oct. 2009, SL4611-2015, SL5603-2016 y SL1744-2019, en la que se señaló:*

(...)

*En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro. Pero tampoco es admisible que el demandante pretenda beneficiarse de su inactividad, pues, como lo resaltó Colpensiones, que desde el cumplimiento de los requisitos (30 de abril de 2010, toda vez que la última cotización la efectuó en el ciclo de octubre de 2009) hasta la fecha de la solicitud pensional (20 de junio de 2013), transcurrieron más de 3 años, sin ninguna razón válida.*

(...)”

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada se tiene que tal y como lo señaló el a quo, la regla general para empezar a recibir la pensión es la desafiliación del sistema, sin embargo, de manera excepcional pueden existir situaciones especiales que conducirían a realizar el reconocimiento sin que esto hubiese operado, por ejemplo, cuando el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión.

No obstante, la anterior situación no es la que se presenta en el caso que nos ocupa en la medida en que para la fecha en que se presentó la reclamación pensional no se reunían los requisitos para acceder a la pensión especial de alto riesgo, pues como quedó sentado en líneas anteriores, ello solo fue posible para el momento en que el demandante cumplió con 52 años, data para la cual contaba con 1497, 72 semanas cotizadas de las cuales 1218 eran cotizaciones especiales, de lo que se colige que no existió conducta renuente de COLPENSIONES en reconocerle la pensión, pues por el contrario ello permitió que se cumplieran con los requisitos con posterioridad.

Finalmente y respecto al reparo presentado por la apoderada de COLPENSIONES, en donde indicó que su representada ya había realizado el reconocimiento pensional al demandante e incluso que el mismo había

solicitado reliquidación de la prestación, no puede pasarse por alto que este aspecto tan solo se señaló en los alegatos presentados antes de la sentencia de primera instancia y sin embargo, no se allegó soporte del mismo tal y como dejo se constancia por el a quo en la sentencia, aspecto que si bien se reitero en el recurso planteado en donde además se adujo que se allegaría el soporte, ello tampoco ocurrió y por el contrario se advierte que en los alegatos presentados en esta instancia, sobre el particular nada se menciona recogiendo los argumentos expuestos en el libelo de contestación inicial, en ese sentido y toda vez que solo es posible fallar atendiendo lo que resulte acreditado en el expediente, no resulta procedente lo solicitado por Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de diciembre de 2020, pero de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
LORENZO TORRES RUSSY



**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por JOSE VICENTE FORERO LINARES contra AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y BOGOTA DISTRITO CAPITAL.**

**RADICADO: 11001 3105 002 2018 00559 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por el apoderado de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., en los que reiteró la solicitud de modificar la sentencia y declarar probada las excepciones presentadas, a efectos de absolver a su representada de las condenas impetradas con fundamento en que del análisis realizado en la sentencia se reconoció la

existencia de un contrato celebrado entre el demandante y su defendida por obra o labor contratada, el cual estaba supeditado a la vigencia del contrato interadministrativo celebrado entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ Y AGUAS DE BOGOTÁ S A S No. 809 de 2012, destacando que ese contrato laboral se determinó para el cargo de operario de recolección y/o barrido dentro del proyecto de aseo y en la labor a realizar quedó determinado en forma clara, precisa y específica estando supeditada a la vigencia del convenio interadministrativo ya mencionado refiriendo que la terminación del contrato no fue el resultado de un capricho de la empresa como quiera que se derivó de una decisión motivada y estudiada bajo el amparo de la ley y por ello se le comunicó al demandante la terminación del contrato por la causal Legal consagrada en el artículo 61 literal d del código sustantivo de trabajo, esto era, la expiración de la obra o labor para la cual había sido contratado el demandante, quedando así demostrado que la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., no despidió al trabajador dado que dicha acción implicaría una decisión unilateral del empleador la cuál podría ser precedida o no de una justa causa y lo que ocurrió en este último evento fue la finalización del contrato por una causa legal objetiva, que había quedado demostrada en el trámite de primera instancia, pues la señora juez en su sentencia, así lo determinó y reconoció, que una vez finalizado el convenio interadministrativo suscrito a su vez finalizaron las actividades para las cuales se había contratado al demandante en el marco del proyecto de aseo, momento que había corrido el 11 de febrero de 2018, fecha para la cual la EMPRESAS AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., efectuó la liquidación de todas las prestaciones sociales a las cuales tenía derecho el demandado, lo cual afirma resultaba de suma importancia para la ecuación final de la sentencia, por cuanto al reconocer esta premisa se permitía evidenciar la existencia de una causa objetiva para la terminación del contrato por obra o labor determinada y al existir esta condición se dejó huérfano y sin sustento la otra premisa en donde se manifestó que existió una estabilidad laboral reforzada del trabajador y le era aplicable el artículo 26 dela ley 361 de 1997, ya que en esa medida no sé contemplo una presunción legal o derecho que permitiera deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del

trabajador que su despido obedeció a un capricho de la entidad contratante, ya que las mismas consideraciones desarrolladas por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral frente al problema jurídico han reafirmado que el empleador tiene la posibilidad desvirtuar la presunción legal que establece que el despido obedeció a la situación de salud del trabajador, demostrando que existe una causa legal o justa para dar por terminado el contrato, agregando la sala que no se requiere autorización previa alguna por cuanto el fuero no es para prohibir el despido de un discapacitado sino para prohibirlo cuando esté se diera por la disminución o situación de salud.

## **I. ANTECEDENTES**

El demandante pretendió que se declarara que entre él y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. se suscribió un contrato de trabajo, el 19 de diciembre 2012, por 4 meses, el cual tuvo por objeto la prestación de servicios en las labores de operario de recolección, que fue renovado en sucesivas ocasiones hasta ser un contrato de trabajo a término indefinido el cual persistía a la fecha de presentación de la demandada, devengando un salario de \$880.000, así como, que el 25 de abril de 2015, sufrió un accidente de trabajo, el cual le acarreo politraumatismos cuyas secuelas todavía soportaba, consistentes en contusión de tórax, fractura de la diáfisis del fémur, fracturas múltiples de la pierna, herida del antebrazo, otras lesiones de hombro y traumatismo intracraneal no especificado, que como secuela del accidente se le detectó una pérdida de capacidad laboral del 22.33% determinada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con fecha estructuración del 30 de junio 2017 y por tanto goza de estabilidad laboral reforzada hasta tanto no se produzca su total recuperación y capacidad laboral, también solicitó que se declarara que entre AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ASEO ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO BOGOTÁ S.A. E.S.P. y BOGOTÁ DC existía de solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la vinculación laboral, en consecuencia, se condenara a la empleadora AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., a mantener vigente el contrato hasta que se produjera la total recuperación de salud del actor y al pago de las

costas del proceso, subsidiariamente y de no accederse a las pretensiones condenatorias, solicitó que se condenara a la empleadora AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo equivalente a 6 meses del último salario devengado e igualmente se condene en costas.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que el contrato de trabajo inicial se acordó por duración de 4 meses contados a partir del 19 de diciembre de 2012, por lo que terminaría el 18 de abril de 2013, no obstante se prorrogó por otro periodo hasta el 19 de junio de 2013, luego en dicha fecha se suscribió contrato cuya vigencia fue fijada por el término de la obra o labor contratada; que el 25 de abril de 2015, estando desempeñando sus labores fue atropellado por un vehículo automotor que acompañaba al camión recolector de basura resultado del cual murió uno de sus compañeros y el mismo sufrió politraumatismos que lo redujeron varios meses a una total incapacidad; que debido al accidente fue valorado por la junta Nacional de calificación de invalidez, el 14 de febrero de 2018 en segunda instancia, y en la primera oportunidad la ARL MAPFRE SEGUROS DE VIDA SEGUROS S.A., según ambas calificaciones la fecha de estructuración fue el 30 de junio de 2017 y el origen de la incapacidad fue el accidente de trabajo del 24 de abril de 2015; que según la valoración de la Junta Nacional de Calificación, la pérdida de capacidad es del 23.33%; que fue cobijado por varias incapacidades pero en la actualidad y atendiendo a las recomendaciones de los médicos tratantes está desempeñando labores adecuadas a su condición física y estado de salud; que la empleadora ha pretendido ponerle fin al contrato de trabajo aduciendo que existe una causal de orden legal correspondiente a que fue contratado por el término equivalente a la duración de la obra o por naturaleza de la obra contratada duración que estaba fijada la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012 celebrado con la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, el cual a su turno se cumplió en observancia al contrato interadministrativo No. 017 de 2012 celebrado entre la Unidad ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP, como contratante y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ como contratista, razón por la que existe

una solidaridad en relación con las obligaciones derivadas del contrato celebrado entre el demandante y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.; que el 9 de noviembre de 2016 MAPFRE COLOMBIA formulo una serie de recomendaciones médicas para el manejo de sus sintomatología; que el 23 de febrero de 2018 su empleador AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. pretendió retirarlo de su nómina lo cual no fue aceptado por cuanto su salud registraba quebrantos de salud.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 5, 8, 10, 13, 14, 21, 22, 23, 27, 29, 32, 37, 47, 55, 57, 58, 61, 64, 67, 127, 134, 141, 142, 158, 168 y el artículo 193 del CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el artículo 8 de la Ley 2351 de 1965, el Decreto 1294 de 1994, la Ley 712 de 2001, la Ley 1562 de 2012 y el Decreto 1477 de 2014. Así mismo trajo a colación las siguientes sentencias de la Corte Constitucional T-1046/2008, T-263/2009, T-936/2009, T-46/2010, T-663/2011, T-206/2014 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral de radicación No. 39631 del 30 de octubre de 2012.

## **II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.A.A.B E.S.P, dio contestación a la demanda (fl. 63-74), en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, refiriendo frente a las declarativas tanto principales como subsidiarias que aunque no era una pretensión dirigida a su representada era necesario mencionar que el demandante nunca había estado vinculado con la EAAB E.S.P., por lo que era improcedente una declaratoria de su representada como empleadora y mal podría declararse una responsabilidad solidaria por la vinculación y el finiquito contractual entre quién señaló como su presunto empleador y la EAAB E.S.P., pues no existía fundamento legal y jurisprudencial para ello, adicionalmente, los documentos que se aportaron evidenciaban que la terminación del contrato fue por la finalización de la obra para la cual se le contrato, de igual forma y frente a las pretensiones de principales de

condena refirió además de lo señalado que ante un hipotético reintegro se precisaba que a EAAB E.S.P., se le prohibió adelantar actuación alguna relacionada con el servicio de aseo de acuerdo con el fallo emitido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera - Subsección A, en sentencia del 24 de agosto de 2017, providencia que se encuentra ejecutoriada, en la que se declaró la nulidad parcial del acuerdo número 012 de 2012, en relación con la ampliación del objeto social de la empresa para la prestación del servicio de aseo, decisión que traía como consecuencia que todas las actividades derivadas del servicio de aseo fueran excluidas y suprimidas de la empresa, es decir, la empresa no podía desarrollar actividades relacionadas con el servicio de aseo. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada, mala fe del demandante.

A su turno, BOGOTA DISTRITO CAPITAL, allegó contestación (fl. 125-131), en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, en la medida en que carecían de fundamento fáctico y jurídico, señalando respecto a las pretensiones declarativas que Bogotá Distrito capital no fue empleador del actor, el cual según lo manifestado trabajó para la empresa prestadora de servicios públicos AGUAS BOGOTÁ E.S.P. S.A., la cual pertenece al sector privado dada su naturaleza mixta, tal como lo disponía la ley 142 de 1994 y no podía ser condenada solidariamente con las obligaciones adquiridas por una entidad privada, frente a las pretensiones condenatorias señaló que no podía ser condenada mantener en un cargo al demandante ya que no fue su entidad patronal, ni condenada a pagar la indemnización reclamada por cuánto no fue la entidad que lo despidió.

Por su parte, AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., suministró contestación (Fl. 138-139), en donde indicó frente a las pretensiones declarativas tanto principales como subsidiarias, que se oponía a que fuese una sola relación por cuánto existieron dos contratos de distinta naturaleza jurídica y con extremos temporales diferentes, toda vez que el contrato suscrito para el periodo del 19 de diciembre de 2012 al 18 de junio de 2013, correspondió un contrato laboral en la modalidad de

término fijo inferior a un año y la terminación del mismo fue con ocasión al vencimiento del plazo fijo pactado y el contrato suscrito para el período comprendido entre el 19 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018, era de obra o labor debidamente individualizada y parametrizada, la cual estaba supeditada a la vigencia del contrato interadministrativo 809 2012 el cual Finalizó el 11 de febrero de 2018 y por tanto no podía deprecarse de dicha situación la existencia de un solo contrato laboral ni mucho menos que fuera a término indefinido. No se opuso al valor del salario devengado ni a la fecha de ocurrencia de accidente de trabajo. Respecto a las pretensiones relacionadas con las consecuencias del accidente de trabajo, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración, mencionó que el juez laboral no podía proferir dictámenes, pues estos eran producto de un grupo médico interdisciplinario, ni declarar la pérdida de capacidad laboral, diagnosticar enfermedades, sino únicamente constreñirse a declarar lo probado con la prueba pericial, refiriendo además que dichas declaraciones judiciales no eran objeto del litigio dentro de los procesos de reintegro laboral y pago de salarios y prestaciones sociales, pues de conformidad con la normatividad los únicos competentes para proferir dictámenes sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral, entre otros, eran las respectivas ARL o AFP, en las que se encontraba afiliado el solicitante y en segunda oportunidad por la junta Regional de Calificación de Invalidez y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, pues no se estaba solicitando la nulidad de algún dictamen; respecto a la estabilidad laboral reforzada señaló que se oponía, por cuanto el contrato término por justa causa legal consagrada en el literal del artículo 61 del código sustantivo del trabajo, esto era, la expiración de la obra para la cual había sido contratado, la cual estaba supeditada a la vigencia del convenio interadministrativo 809 y en ningún momento se dio por condiciones médicas enfermedades o padecimientos de salud sino porque el contrato celebrado fue el de obra o labor y en la cláusula segunda del contrato se estableció de manera expresa lo relativo a la duración del mismo, frente a la solidaridad se opuso señalando que AGUAS DE BOGOTÁ siempre había tenido una naturaleza jurídica de carácter especial, correspondiente a la empresa de servicios públicos mixta constituida bajo

la figura de una sociedad por acciones con iniciativa privada, administración autónoma, independencia contractual y presupuesto propio, que le daban una personalidad jurídica diferente con las demás partes demandadas. Finalmente, ante las pretensiones principales y subsidiarias de condena mencionó que se oponía por cuanto el trabajador no había sido despedido por una decisión unilateral del empleador sino por causa legal consagrada en el literal d del artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo, esto era, por expiración de la obra para la cual había sido contratado que se encontraba supedita la vigencia del convenio interadministrativo 809 y por ello en ningún momento se dio por condiciones médicas enfermedades o padecimientos de salud y tampoco resulta procedente el pago de la indemnización por despido injusto dado que la terminación obró por ministerio de la ley y bajo el amparo de una causal objetiva legal. Propuso las excepciones de mérito que denominó: improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho a reclamar, compensación, innominada o genérica.

### III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de noviembre de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor José Vicente Forero Linares identificado con la C.C. No. 3.079.973 de la Palma - Cundinamarca al momento de la terminación del contrato de trabajo acaecido el 11 de febrero de 2018, por parte de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., gozaba de estabilidad laboral reforzada conforme a lo previsto en la parte motiva de esta Providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. a REINTEGRAR al señor JOSÉ VICENTE FORERO LINARES identificado con C.C. No. 3.079.973 de la palma – Cundinamarca, al cargo que desempeñaba sí de conformidad con la pérdida de su capacidad laboral y con las recomendaciones de la ARL está en condiciones de desempeñarlo o a otro en el cual no se afecte su salud junto con el pago de los salarios con los incrementos legales y prestaciones sociales compatibles con el reintegro dejados de percibir, autorizando a la demandada a descontar lo cancelado al actor por concepto de liquidación de las prestaciones sociales pagadas por retiro

**TERCERO: DECLARAR** probada la excepción denominada inexistencia de la obligación propuesta por las demandadas EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.A.A.B E.S.P. y ALCALDÍA DE BOGOTÁ y se declara no probada la excepción denominada improcedencia del reintegro laboral propuesta por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. dentro de las que se incluye como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

*Voy a adicionar aquí el numeral 2, en tanto que se condenó a pagar la suma de \$5.269.152 a favor del demandante por concepto de indemnización de 180 días de qué trata el artículo 26 de la ley correspondiente y a cargo de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.*

**QUINTO:** Si no fuere apelado Consúltese con el superior”.

Como fundamento de su decisión, argumentó que entre las partes existieron los contratos certificados en la documental visible a folio 18, esto es, contrato a término fijo (suscrito el 9 de diciembre de 2012) y contrato por obra o labor contrada (suscrito el 19 de junio de 2013), los cuales en su plazo y vigencia estuvieron atados al convenio interadministrativo suscrito entre la EAAB E.S.P. y AGUA BOGOTA S.A. E.S.P No. 1-07-10200-0809-2012 de 2012, concluyendo respecto al último contrato, esto es, el contrato por duración de la obra o labor suscrito el 19 de junio de 2013, que el mismo no podría considerarse como suscrito a término indefinido en la medida en que el mismo estaba supeditado a la existencia del convenio interadministrativo ya mencionado, pues existía claridad en cuanto a la labor y duración del contrato, como quiera que ello se determinó en el contrato suscrito entre el demandante y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. , de tal suerte que al terminar la vigencia del convenio interadministrativo el 12 de febrero de 2018 y estar supeditado al mismo el contrato del demandante, éste también se dio por terminado, por cuanto de conformidad con la normativa que regula esta modalidad contractual a la finalización de la obra o labor desaparecía el objeto contratado.

Frente al reintegro señaló que de conformidad con la normatividad y jurisprudencia citada el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presumía discriminatorio a menos que el empleador acreditara la ocurrencia real de la causa objetiva alegada, de lo contrario el acto sería ineficaz y acarrearía el pago de salarios, prestaciones sociales insolutas e indemnización de 180 días de salario, precisando que la solicitud de autorización al ministerio no se exigía cuando existía causal objetiva solo cuando la discapacidad hiciera imposible la prestación del servicio, indicando frente al caso particular que si bien había una justa

causa objetiva, el accidente de trabajo acaeció durante la relación laboral desempeñada por el actor, de la cual AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., tuvo conocimiento e hizo el seguimiento mediante la ARL, advirtiéndole que el actor se encontraba con una pérdida de capacidad laboral entre el 15 al 25% toda vez que el Dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez determinó que los padecimientos habían sido diagnosticados con origen en un accidente de trabajo, siendo calificado con una pérdida de capacidad laboral del 22,33%, esto es, con una limitación moderada, por lo que para el 11 de febrero de 2018, el demandante se encontraba amparado por estabilidad laboral reforzada.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., indicó que no podían estar de acuerdo con el despacho, pues lo que la sentencia SL1360-2018, establecía era que si bien un trabajador podría tener una condición de discapacidad y por lo tanto una estabilidad laboral reforzada en algún sentido eso no implicaba que si el despido correspondiente era por una circunstancia objetiva, ello no significaba que debía mantenerse la correspondiente presunción del derecho del trabajador, máxime cuando las documentales traídas a colación tales como incapacidades y pérdidas de capacidad laboral nunca fueron notificados, precisando que si bien en la contestación de la demanda habían indicado conocer el tema del accidente de trabajo, no podía existir discriminación y menos debían haber solicitado autorización al Ministerio del Trabajo, cuando no se conocía la calificación al trabajador, ya que la primera no fue presentada a la empresa y la segunda con la que se calificó el 22,3% fue expedida el 14 de febrero de 2018, esto es, en una fecha posterior al momento de la terminación del contrato por obra o labor.

Adicionalmente, refirió que en las mismas consideraciones de la sentencia se estableció que no existió un contrato de término indefinido, por el contrario existió un contrato por obra o labor contratada y que, por lo tanto, su terminación correspondía al día 11/02/2018, y que la terminación está dada por la terminación del contrato

interadministrativo, por lo que no podía determinarse que no existía prueba dentro del mismo que permitiera ni siquiera inducir que la terminación del contrato obedeció a circunstancias correspondientes a su situación de discapacidad o situación médica, destacando que el trabajador estuvo vinculado en el 2015, 2016, 2017 y 2018, sin que fuera objetada su actividad laboral ni discriminada por ello.

Por lo anterior, solicita que se modifique la sentencia en la medida en que se reconozca las excepciones presentadas incluida la de compensación, ya que también está establecido que hubo un tiempo en que se realizó el reintegro correspondiente y por lo tanto, hay un dinero que puede generar compensación en el mismo por las mismas circunstancias.

## **V. CONSIDERACIONES**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido de la demandante por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de reintegro al trabajo y al pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de recibir con ocasión del despido efectuado por la demandada y a la indemnización de 180 días de salario, en caso contrario determinar si la terminación del contrato efectuada por la demandada atendió o no a una justa causa.

En primer lugar, debe señalarse que como hechos no debatidos en esta instancia se tiene que entre las partes existieron 2 contratos de trabajo, el primero, en la modalidad a término fijo inferior a un año, entre el 19 de diciembre de 2012 al 18 de junio de 2013 y el segundo, en la modalidad de contrato de obra o labor, entre el 19 de junio de 2013 al 11 de febrero de 2018, respecto del cual último salarió devengado ascendió a \$878.192 y finalizó con fundamento en la terminación de la obra o labor para la que fue contratado (Convenio Interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012).

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

**“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD.** *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. **Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.***

**No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.**<sup>1</sup> (Subrayas y negrita fuera de texto).

Así mismo, conviene recordar los requisitos que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha establecido para que la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad opere, así en sentencia SL711-2021, Radicación No. 64605, se indicó:

“(…)

*Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.*

(…)

<sup>1</sup> Inciso 2 Art. 26 L.361/97 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000, en donde se indicó “bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”

*En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que, conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.*

*(...)»*

De conformidad con la normatividad y el precedente citado, se tiene que para ser beneficiario de la garantía de estabilidad reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conocía el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se terminó en razón de la discapacidad (siempre y cuando no exista una causal objetiva) y sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

En ese orden, se procederá a analizar si en el caso concreto el demandante cumplía con los requisitos previamente señalados para ser beneficiario de la garantía deprecada, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la demandada aceptó la ocurrencia del accidente de trabajo padecido por el actor el 25 de abril de 2015, así como las lesiones sufridas por el mismo en este, esto es, que fue atropellado por un vehículo que acompañaba al camión recolector de basuras y que sufrió contusión de torax, fractura del diáfisis del fémur, fracturas múltiples de la pierna, herida de antebrazo, lesiones en el hombro y traumatismo intracraneal no especificado, las cuales se acompasan con lo señalado en el informe de radiografía de muslo derecho, piernas comparativas, test de farill, pies comparativos, expedido por la CLÍNICA DEL ORTOPEDIA Y ACCIDENTES LABORALES S.A., el 3 de diciembre de 2015 y la historia clínica ocupacional de egreso No. 3079973, expedida por COLMEDICOS, el 23 de febrero de 2018 (fl. , en donde en el ítem de observaciones del numeral 2. Antecedentes patológicos personales – familiares se registró “2.

*Quirúrgicos (per): 3. Traumáticos (per): fractura de fémur y tibia peroné derecho el 25 de abril de 2015 con retiro del material de osteosíntesis en noviembre de 2017, fractura de pierna izquierda en el 2015, trauma de hombro y torax con limitación para la movilización (accidente de trabajo) (...)*”.

Descendiendo en el análisis se advierte que a folio a folio 17 obran recomendaciones laborales expedidas por la médica laboral de la ARL MAPFRE al demandante, de fecha 9 de noviembre de 2016, en donde para el manejo de la sintomatología ocasionada con el accidente de trabajo sufrido por el demandante se le expiden recomendaciones por un mes.

También se allegó Dictamen de Determinación de Origen y/o Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, expedido el 14 de febrero de 2018, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, cuyo concepto final arrojó que el demandante presentaba una pérdida de capacidad laboral del 22,33% con origen accidente, riesgo de trabajo y fecha de estructuración del 30 de junio de 2017, advirtiéndose que además de lo anterior, también resultan relevantes los siguientes apartes:

“(…)

*Calificación Junta Regional de Calificación de Invalidez: la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá mediante dictamen No. 3079973 – 3918 de fecha 14/07/2017 establece:*

(…)

*ORIGEN: ACCIDENTE DE TRABAJO.  
PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL: 15.45%  
FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 30/06/2017*

(…)

*Análisis y conclusiones:*

*Las Sala (4 ) de la junta Nacional de calificación de invalidez con base en los fundamentos de hecho y derecho expuestos anteriormente y teniendo en cuenta que una vez revisada la documentación aportada y la valoración practicada establece que el recurso de apelación es presentado por la apoderada del paciente encontrando que se trata de un trabajador “operario de recolección” quién presentó accidente de trabajo el 25/04/2015 calificado por la Junta Regional con diagnóstico trauma cerrado de tórax resuelto, fractura de fémur derecho, fractura de platillos tibiales derechos, fractura de tibia y peroné izquierdos, heridas antebrazo derecho y mano izquierda resueltas, lesión del labro glenoideo anterior hombro derecho, trauma*

*craneoencefálico resuelto con una pérdida de capacidad laboral de 15,45% y de fecha de estructuración 30/06/2016.*

*Antes de analizar el caso en calificación la sala 4 se permite precisar que:*

*Se califican son las secuelas funcionales que persisten al finalizar los tratamientos ofrecidos, con base en las valoraciones de los especialistas tratantes obrantes en el expediente como prueba principal (la historia clínica del paciente es el soporte de la calificación), no se califican síntomas en sí, ni tratamientos ofrecidos en sí, ni incapacidades en si sino insistimos se califican son las secuelas funcionales que persisten al finalizar los tratamientos.*

*(...)*

*La calificación se realiza con soporte en la historia clínica y en el manual de calificación vigente (decreto 1507/2014) en donde se especifica por cada segmento corporal como se debe hacer la calificación.*

*(...)”.*

Así mismo, se aportaron historias clínicas del mes de mayo de 2017, evidenciándose que en la historia del 9 de mayo de 2017, en el acápite de motivo de la consulta y enfermedad actual se indicó “*PACIENTE DE 48 AÑOS CON ANTECEDENTE DE ACCIDENTE LABORAL 25 DE ABRIL DE 2015. CON FRACTURAS MÚLTIPLES DE MIEMBROS INFERIORES Y TRAUMA EN HOMBRO DERECHO. ASISTE HOY CON REPORTE DE IMAGEN DE RESONANCIA MAGNÉTICA QUE MUESTRA LESIÓN DEL LABRUM ANTEROINFERIOR. NIEGA INESTABILIDAD. EN EL MOMENTO SINTOMÁTICO POR CUERPOS EXTRAÑOS TEJIDO CELULAR SUBCUTÁNEO ANTEBRAZO DERECHO Y SÍNTOMAS EN MIEMBROS INFERIORES CON DOLOR.*”, y en el plan de manejo, se registró “*PACIENTE CON ANTECEDENTE DE ACCIDENTE LABORAL EN EL 2015 CON TRAUMA EN EL HOMBRO DERECHO, SE DESCARTA LESIÓN DE MANGUITO ROTADOR, SE OBSERVA UNA LESIÓN DE BANKART SIN EMBARGO, NO HAY INESTABILIDAD CLINICA POR LO QUE NO AMERITA UN TRATAMIENTO QUIRURGICO POR EL MOMENTO. SE LE EXPLICA AL PACIENTE PROCEDIMIENTO DE TERAPIA FISICA Y CONTINUAR MANEJO POR CIRUGIA DE MANO Y CIRUGIA DE RODILLA*”, posteriormente, en la historia clínica del 15 de mayo de 2017, en el acápite de enfermedad actual se indicó “*PACIENTE CON ANTECEDENTE DE TRAUMA LABORAL EL CUAL OCASIONÓ FRACTURA NMII Y TRAUMA EN HOMBRO DERECHO. SE LE HABÍA SOLICITADO COPIA DESCRIPCIÓN QUIRÚRGICA PARA DETERMINAR LA CASA DEL MATERIAL DE OSTEOSÍNTESIS COLOCADO EN LOS PLATILLOS TIBIALES EL CUAL SE DEBE RETIRAR PARA PODER*

*TOMAR RNM DE LA RODILLA DERECHA Y ASÍ CONFIRMAR EL DX CLÍNICO DE DESGARRO DE LCA. - SE REVISAR COPIA DE HS EN LA QUE SE CONSIGNA PLACA BLOQUEADA DE 7.0 DE PROMED.*” y en el plan de manejo se señaló *“SE INDICA RETIRO DE LA PLACA EXPLICÁNDOSE LAS INDICACIONES DE LA CIRUGÍA, ASÍ COMO LOS RIESGOS Y POSIBLES COMPLICACIONES ASOCIADAS”*.

Igualmente, obran órdenes médicas expedidas el 15 de marzo de 2018, en las que se ordena consulta de control por fisiatría (fl. 43) y medicamentos (fl. 44).

Finalmente, reposan recomendaciones médicas ocupacionales expedidas el 28 de junio de 2018, al demandante por COLMEDICOS, en donde en las recomendaciones generales (para el manejo de enfermedades generales o comunes) se señaló *“1. Se le recomienda solicitar en su entidad de salud, evaluación y plan de manejo de su patología osteomuscular por Ortopedia. Es necesario considerar adaptaciones en su puesto de trabajo para evitar agravar su condición de salud.”*

De conformidad con las documentales antes mencionadas, se advierte que en efecto el demandante presentaba algunas afecciones de salud producto de secuelas ocasionadas por el accidente de trabajo sufrido el 25 de abril de 2015, debiéndose señalar que si bien y tal y como lo manifiesta el recurrente no se evidencia que al empleador se le hubiese puesto en conocimiento la historia clínica y recomendaciones médicas expedidas con anterioridad a la finalización del vínculo laboral realizada el 12 de febrero de 2018, ni las efectuadas con posterioridad al mismo, debe tenerse presente que en el informe rendido por la mandataria principal y secretaria general de AGUAS BOGOTÁ S.A. E.S.P.(fl.343-349), al responder la pregunta 4 del cuestionario indicó *“Fue de conocimiento de la Empresa por parte de la ARL MAPFRE, sobre la situación del accidente del señor y de unas recomendaciones de tipo médico que debía tener el demandante en cumplimiento de su labor para lo cual fue contratado. La empresa dio cumplimiento a las recomendaciones fijadas por la ARL, tan es así que sobre que esa circunstancia no existe,*

*reclamación o queja alguna por parte del trabajador ya que la siempre ha cumplido y cumplió para con la accionante con su vinculación y pago tanto a la seguridad social como a la afiliación a la administradora de riesgos laborales, durante el tiempo en que estuvo el trabajador vinculado mediante contrato por obra o labor determinada”, de lo que se desprende que existía un conocimiento de la situación médica del demandante, lo que se refuerza con el Dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el 14 de julio de 2017, cuando todavía la relación laboral se encontraba vigente, el cual si bien no se allegó a este proceso, de lo señalado en el Dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, es posible establecer lo que el mismo consagra, se debe precisar que frente al mismo no es posible acoger los argumentos que se aducen por el recurrente frente a su desconocimiento, en tanto que el artículo 2.2.5.1.2 del Decreto 1072 de 2015, dentro de las personas interesadas en los dictámenes emitidos por las juntas establece como de obligatoria notificación o comunicación contempló al empleador, pues la norma en comento señala:*

***“Artículo 2.2.5.1.2. Personas interesadas.*** Para efectos del presente decreto, se entenderá como personas interesadas en el dictamen y de obligatoria notificación o comunicación como mínimo las siguientes:

- 1. La persona objeto de dictamen o sus beneficiarios en caso de muerte.*
- 2. La Entidad Promotora de Salud.*
- 3. La Administradora de Riesgos Laborales.*
- 4. La Administradora del Fondo de Pensiones o Administradora de Régimen de Prima Media.*
- 5. El Empleador.*
- 6. La Compañía de Seguro que asuma el riesgo de invalidez, sobrevivencia y muerte.”*

En ese orden de ideas, se tiene que no es posible considerar el argumento expuesto, máxime que no se advierte cuestionamiento alguno realizado sobre el particular ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que hiciera inferir lo contrario, y dada la relevancia que este tipo de asuntos reviste para el empleador, es claro que de no haberse notificado oportunamente se habría adoptado alguna medida por el empleador.

De acuerdo con lo anterior y dado que la calificación realizada por la Junta Regional de Calificación de invalidez, determinó que el señor JOSE VICENTE FORERO LINARES, presentaba una pérdida de capacidad laboral del 15.45% derivada de accidente de trabajo con fecha de estructuración del 30 de junio de 2017, esto es, en vigencia del contrato de trabajo, se tiene que el demandante se encontraba en la hipótesis de la discapacidad moderada (15-25% PCL) que como se dijo era de conocimiento del empleador y en trámite de la calificación definitiva que determinara la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual en dictamen del 14 de febrero de 2018, determinó que la pérdida de capacidad laboral ascendía al 22,33%.

Demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador, deberá contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar despidos unilaterales y sin justa causa, salvo que medie una causa objetiva, evento en el cual no se requiere la autorización mencionada.

Al respecto y como se dejó sentado en el fallo de prima instancia, el contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., el 19 de junio de 2013, terminó el 12 de febrero de 2018, por finalización de la obra o labor contratada, en la medida que su duración estaba condicionada a la existencia del convenio interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. y la EMPRESA ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO S.A. E.S.P.<sup>2</sup>, tal y como se desprende de lo señalado en la cláusula segunda del contrato en la que se estipuló *“el término de duración del Contrato será el requerido para la ejecución de la obra o labor contratada. Esta condicionado a la existencia del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-08009-2012 de 2012, celebrado entre la EMPRESA y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. ESP conforme*

---

<sup>2</sup> Cuyo objeto era realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

*lo previenen las causales de terminación del contrato”, y toda vez que el convenio interadministrativo finalizó el 12 de febrero de 2018, en virtud de la modificación No. 21 suscrita al mismo (fl. 189), se advierte que se dio por terminado el contrato con fundamento en ello, conforme se indicó en la comunicación de fecha 8 de febrero de 2018 enviada al demandante en la que se indicó “En razón a la terminación del CONVENIO INTERADMINISTRATIVO 1.710200-809-2012 perteneciente al Proyecto Aseo, hecho publico y notorio que hace imposible la continuidad de su relación laboral, en los términos del Art. 61. del C.S.T. literal D, le informo que a partir de la finalización de la jornada laboral del día domingo 11 de febrero de 2018, se dará por terminado en forma legal, el contrato de trabajo por duración de la obra por la naturaleza de la labor contratada tenemos suscrito con Usted (...).”*

Así las cosas, a efectos determinar si la terminación de la obra o labor contratada constituye una causal objetiva, se acudirá a lo dispuesto por la Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2827-2020, radicación No. 74100 del 4 de agosto de 2020, en donde se señaló:

*“(...*

*Debe recordarse que en esta clase de contratos por duración de la obra ocurre lo que en aquellos en que las partes desde el principio convinieron en fijarles duración cierta como los contratos a término fijo, porque en ambos ha existido acuerdo previo sobre la misma, con la diferencia de que mientras en uno el plazo es indeterminado pero cierto por cuanto se encuentra fijado por la naturaleza del servicio que se contrata, en el otro es cierto y determinado y surge de la estipulación expresa de los contratantes. Más, en ambos las partes saben desde el momento de la celebración del contrato cuándo va a verificarse su terminación (sentencia CSJ3796 -2017).*

*Por ende, la vigencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada no depende de la voluntad o el capricho del empleador o del trabajador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado (sentencia CSJ SL 39050, 6 mar. 2013). Por ello, cuando se acude a esta clase de contrato, se entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas o, en otros términos, que la fecha de finalización es determinable y depende de la culminación de la obra o la tarea contratada, como ocurrió en este asunto.*

*(...)”*

*Por último, debe precisarse que la Corte ha sostenido que el alcance del artículo 7 de la Ley 361 de 1997 no supone el derecho del trabajador a perpetuarse en el cargo que ejecuta, sino a permanecer en él hasta que exista una causal objetiva o legítima para su desvinculación, esto es, que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a*

*menos que se demuestre en el proceso la ocurrencia real de la causa alegada. Como en este caso no se logró desvirtuar la conclusión del Tribunal sobre la existencia de un modo legal de finalización de la relación de trabajo existente con el actor, en tanto terminó la labor para la que fue contratado.*

*(...)”*

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la terminación de la obra o labor es una causa legal y objetiva para terminar el contrato de trabajo, lo que descarta que se necesitara autorización del Ministerio del Trabajo para poder efectuar la terminación del contrato, por cuanto de ello no se deriva discriminación en la desvinculación del trabajador.

Conforme a lo anterior y pese a que en el presente asunto obra Resolución No. 4605 del 31 de octubre de 2019, “Por medio de la cual se resuelve un procedimiento administrativo sancionatorio” (fl. 297-330) expedida por el Ministerio del Trabajo, frente a la actuación administrativa iniciada contra la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. por el presunto despido de trabajadores en estabilidad laboral reforzada, y aunque del contenido del acto administrativo se desprende que dentro de los trabajadores relacionados en la formulación cargos se determinó la existencia de condiciones médicas especiales del aquí demandante y de otros trabajadores y como consecuencia de ello, se resolvió sancionar a la demandada por incumplimiento a la obligación establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al analizar la parte motiva del mismo, se advierte que ello se fundamenta en que *“(...) la causa legal u objetiva de terminación de contrato de trabajo cómo es la situación de terminación de obras en los contratos de obra o labor contratada no es excluyente de la obligación de realizar la solicitud de autorización de terminación de contrato de trabajo de trabajadores en situación de debilidad manifiesta, pues la función del inspector de trabajo en relación con la autorización de despido se encuentra enfocada y cumple una función de garantía de los derechos de los trabajadores según el ordenamiento jurídico nacional y por lo tanto, es la autoridad del trabajo la llamada verificar que efectivamente sea está causal objetiva y no otra que busque discriminar al trabajador la causa de la terminación del contrato del trabajador que este en una situación especial de debilidad manifiesta, sea cualquiera La modalidad del contrato de trabajo que se haya celebrado”* y

más adelante se señala *“Por lo anterior y de conformidad con el material probatorio recaudado se logró establecer que existe un incumplimiento frente a la obligación del empleador contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 al no haber solicitado la autorización del Ministerio del trabajo para la terminación del vínculo laboral con los trabajadores anteriormente referenciados”*, como se observa la interpretación de la autoridad del trabajo es distinta a la sostenida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que por ser nuestro máximo órgano de cierre, es a la que nos acogemos y en esa medida, pese a la existencia de la anterior resolución, al ser contraria al precedente establecido por la corporación reseñada y toda vez que en la misma no se analiza la situación particular del demandante sino el marco general de la terminación realizada respecto de varios trabajadores a efectos de establecer la procedencia o no de la sanción al empleador, esto no impide que vía judicial se decida la situación particular del demandante.

En ese punto, también debe mencionarse que de las documentales allegadas por la EMPRESA AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (fl. 162-167), también se desprende que el demandante tramitó acción de tutela, en cuya primera instancia, se tuteló transitoriamente el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, salud, seguridad social, y mínimo vital, según se desprende del acta de cumplimiento fallo primera instancia acción de tutela No. 2018 – 183 del Juzgado Primero (1) Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. elaborada por la demandada, en donde se señaló *“(…) se pagaran los salarios y prestaciones sociales desde el dos (2) de mayo de 2018 y se realizaran los aportes al Sistema de Seguridad Social desde el doce (12) de febrero de 2018”*, no obstante, la misma fue revocada con posterioridad y se negó por improcedente, según se infiere de lo anotado en la comunicación con asunto Fallo de Segunda Instancia dentro de la Acción de Tutela No. 2018 -183-01, proferido por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá, *en la que se indicó “(…) en virtud de la decisión tomada por el Juez Constitucional ad quem, elaborara la liquidación definitiva correspondiente hasta el día veintiséis*

*(26) de septiembre de 2018 y el resultado se pagará mediante transferencia a la cuenta registrada por Usted durante el vínculo laboral”, resultando evidente que si bien operó transitoriamente el reintegro, el mismo no se encuentra vigente.*

Por lo anterior, se tiene que respecto al hecho de considerar discriminatorio o no el despido, no existe una decisión frente al asunto particular del demandante, que impida llegar a las conclusiones hasta aquí establecidas.

En ese orden de ideas y aunque en el presente asunto se cumplen los dos primeros requisitos contemplados para aplicar la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad, esto es, i) que se trate de un discapacidad calificada como moderada o severa y ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador, no se cumple con el tercer requisito que es el correspondiente a que la relación laboral termine por razón de la discapacidad, pues se encuentra acreditado que el contrato finalizó en razón a una causa objetiva como se explicó a profundidad en precedencia, en esa medida y toda vez que para poder dar una aplicación efectiva a la garantía reclamada se requiere la acreditación de los tres requisitos, se tiene que en este caso no era factible otorgar la protección reclamada.

De igual forma, se tiene que tampoco es viable acceder a la pretensión subsidiaria reclamada por el demandante, correspondiente a la indemnización por despido injusto, en tanto, que al haber operado un modo legal de terminación del contrato, como lo es la finalización de la obra o labor contratada, no se generaba el derecho a la indemnización reclamada.

En consecuencia, se procederá a revocar los numerales 1 y 2 de la sentencia y se absolverá a las demandadas de todas y cada de las pretensiones solicitadas y se modificará el numeral 3 en el sentido de declarar probada la excepción de IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO LABORAL, propuesta por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** los numerales 1 y 2 de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de noviembre de 2020 y en su lugar absolver a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 3 de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de noviembre de 2020, en el sentido de declarar probaba la excepción de IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO LABORAL, propuesta por AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

Mo-10-11

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO por SERVIOLA S.A.S. contra SERVICIO OCCIDENTAL DE SALUD EPS SOS S.A.**

**EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 00844 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por SERVIOLA S.A.S en contra el fallo proferido el 26 de junio de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud – Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 11 de diciembre de 2020 (fl. 82) y remitido el expediente a esta Corporación el 8 de julio de 2021 (C2 fl. 1).

**I. OBJETO DE LA ACCIÓN**

La empresa SERVIOLA S.A.S pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de las incapacidades que a continuación se relacionan, más los intereses moratorios de que trata la Ley 1281 de 2002 y el pago de costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, solicitó que

en el evento de no reconocer el pago de los intereses moratorios se acceda a pagar el valor de las incapacidades debidamente indexadas.

| No. | Trabajador                      | Id trabajador | Incapacidad | Inicio incapacidad | Días | Valor         |
|-----|---------------------------------|---------------|-------------|--------------------|------|---------------|
| 1   | Liliana María Zapata arboleda   | 21.591.532    | 1392602     | 28/01/2015         | 5    | \$ 64.431,00  |
| 2   | Nancy Verónica Ruiz correa      | 25.288.320    | 25288       | 1/04/2015          | 5    | \$ 64.431,00  |
| 3   | Morelia Quintero Hurtado        | 31.435.313    | 1000861848  | 8/04/2015          | 5    | \$ 64.431,00  |
| 4   | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 11760432    | 10/04/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |
| 5   | Diana cuero mantilla            | 38.473.399    | 11771921    | 11/04/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |
| 6   | Diana Carolina perilla Ayala    | 29.973.620    | 9723620     | 18/04/2015         | 4    | \$ 42.956,00  |
| 7   | Omaira Herrera Escobar          | 31.473.604    | 1325641     | 13/05/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |
| 8   | Angie Janilet Cardona           | 38.642.846    | 84102       | 14/05/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |
| 9   | John didier Escobar Pérez       | 16.464.259    | 12169919    | 19/05/2015         | 3    | \$ 21.478,00  |
| 10  | Claudia Patricia Guaca Zúñiga   | 38.554.901    | 12164066    | 19/05/2015         | 3    | \$ 21.478,00  |
| 11  | Claudia Patricia Guaca Zúñiga   | 38.554.901    | 12190374    | 22/052015          | 4    | \$ 85.912,00  |
| 12  | Diana Carolina Vallejo Vera     | 31.436.636    | 1000933488  | 23/05/2015         | 7    | \$ 107.390,00 |
| 13  | Emelas Angulo Angulo            | 18.162.164    | 127423      | 29/05/2015         | 15   | \$ 279.201,00 |
| 14  | Diana Carolina Vallejo Vera     | 31.436.636    | 1000932762  | 30/05/2015         | 2    | \$ 42.956,00  |
| 15  | Diana Carolina Vallejo Vera     | 31.436.636    | 1000933754  | 1/06/2015          | 15   | \$ 322.155,00 |
| 16  | Elizabeth giraldo Rodríguez     | 42.127.161    | 24962860    | 13/06/2015         | 5    | \$ 72.198,00  |
| 17  | Andrea Paola Moreno Cartagena   | 29.706.533    | 12451128    | 17/06/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |
| 18  | Claudia Patricia Guaca Zúñiga   | 38.554.901    | 12473598    | 18/06/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |
| 19  | María José Gutiérrez Guzmán     | 21.604.150    | 12696675    | 10/07/2015         | 5    | \$ 64.431,00  |
| 20  | Germán Mera                     | 16.745.720    | 1270696     | 13/07/2015         | 3    | \$ 21.478,00  |
| 21  | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 12734989    | 15/07/2015         | 5    | \$ 64.434,00  |
| 22  | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 1277423     | 20/07/2015         | 2    | \$ 42.956,00  |
| 23  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 13715645    | 30/09/2015         | 30   | \$ 644.310,00 |
| 24  | Germán Mera                     | 16.745.720    | 13599302    | 9/10/2015          | 3    | \$ 21.478,00  |
| 25  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 13715645    | 30/10/2015         | 10   | \$ 214.770,00 |
| 26  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 13892276    | 9/11/2015          | 15   | \$ 322.155,00 |
| 27  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 14022972    | 24/11/2015         | 15   | \$ 322.165,00 |
| 28  | Sandra Marcela Vélez Castañeda  | 31.435.546    | 13832715    | 27/11/2015         | 3    | \$ 21.477,00  |

|    |                                 |            |          |            |   |               |
|----|---------------------------------|------------|----------|------------|---|---------------|
| 29 | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814 | 105785   | 27/11/2015 | 2 | \$ 42.956,00  |
| 30 | Diana Carolina perilla Ayala    | 29.973.620 | 14143461 | 4/12/2015  | 5 | \$ 107.385,00 |
| 31 | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190 | 14178386 | 9/12/2015  | 8 | \$ 171.824,00 |
| 32 | Diana Carolina perilla Ayala    | 29.973.620 | 14176990 | 9/12/2015  | 5 | \$ 10.785,00  |
| 33 | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190 | 14256495 | 17/12/2015 | 7 | \$ 150.346,00 |

**II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES**

La parte actora manifestó que durante la vigencia de la relación laboral suscribió contrato de trabajo con los trabajadores mencionados en el cuadro antes citado, los cuales se encuentran afiliados a la EPS en calidad de cotizantes dependientes del régimen contributivo de sistema de seguridad social en salud, quienes presentaron incapacidades médicas por enfermedad general debidamente expedidas por profesionales de la salud adscritos a la EPS o debidamente transcritas; también se señaló que respecto de todas y cada una de las incapacidades trascritas la empresa presentó solicitud de pago ante la EPS, no obstante, a la fecha de presentación de la demanda la EPS se había negado a pagar las incapacidades en los montos que legalmente corresponde a pesar de las solicitudes radicadas; igualmente mencionó que durante la vigencia de la relación laboral pago de manera completa y oportuna las cotizaciones al sistema general de seguridad social y en ningún momento ha estado en mora respecto del pago de cotizaciones.

**III. RESPUESTA EPS SOS S.A.**

La demandada sostuvo que SERVIOLA S.A.S se opuso rotundamente a todas y cada una de las pretensiones por cuanto al validar las incapacidades solicitadas, se advirtió que las mismas fueron negadas con la debida justificación ya que la empresa SERVIOLA SAS presentaba cartera en mora y en estos casos, debía asumir por ella misma los pagos correspondientes, precisando que al respecto la resolución 2353 de 2015 en su artículo 71, dispuso los efectos de la mora en las cotizaciones de

los trabajadores dependientes, donde se evidencia claramente que en los casos en que se presenta mora por parte del empleador no había lugar al reconocimiento de prestaciones económicas por parte de la empresa. puesto que estás en dichas condiciones deberían ser asumidas por el empleador, reiterando que la EPS en ningún momento se allanó a la mora pues se notificó debidamente al empleador de las omisiones que se evidenciaron frente a los aportes que debía efectuar, razón por la que se oponían a todas las pretensiones pues los empleadores debían ser los mejores ejemplos del cumplimiento en sus pagos, resaltando en todo caso que conformando el pago de los aportes extemporáneos del empleador por concepto de los aportes de sus empleados al Sistema de Seguridad Social la EPS, debía asumir y reconocer las incapacidades de los mismos. Propuso las excepciones de mérito que denominó: excepción de mérito de causal justificada de negativa y cobro de lo no debido.

#### **IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA**

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, accedió parcialmente a las pretensiones planteadas, ordenando el pago de \$3.626.159 con las correspondientes actualizaciones monetarias, señalando que a efectos de proceder con el reconocimiento económico de las incapacidades debía tenerse en cuenta: que en el caso de existir relación laboral los trámites administrativos y judiciales para el cobro de las mismas ante las EPS, lo realizaba el empleador; el empleador debe haber cancelado la prestación económica al trabajador; el derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales se encuentra reservado para los afiliados al régimen contributivo en calidad de cotizantes; debe existir un mínimo de cotización de 4 semanas en forma interrumpida y completa y debe haber oportunidad en el pago de los aportes, por lo que el incumplimiento de los requisitos descritos llevaba consigo la negativa en el reconocimiento económico de las incapacidades con cargo a los recursos del S.G.S.S., así al valorar la documental allegada determinó que resultaba procedente el pago de 27 de las 33 incapacidades reclamadas, por tanto atendiendo a lo establecido en el Decreto 2493 de 2013 (primeros días a cargo del empleador), el

Decreto 1333 de 2018 (prórroga de la incapacidad) y lo señalado en el artículo 227 del C.S.T. procedió a liquidar las incapacidades.

Respecto a los intereses moratorios no accedió a los mismos, por cuanto no obraba prueba clara del requerimiento realizado ante la demandada y tampoco obraba prueba de la respuesta de negación de la EPS demandada, por lo que se abstuvieron a realizar tal reconocimiento. Adicionalmente, se señaló que los intereses moratorios e indexación eran excluyentes, entendiendo que el interés de mora contenía en si tanto la indexación como la sanción a que tendría derecho el reclamante por el pago tardío de la EPS.

## **V. IMPUGNACIÓN SERVIOLA S.A.S**

SERVIOLA S.A.S., presentó recurso de apelación por las siguientes inconformidades: i) respecto de la incapacidad No. 1392602, se negó el reconocimiento bajo el argumento que no obraba prueba del pago de la misma, no obstante, con la documental aportada se anexaron los correspondientes desprendibles de nómina; ii) frente a la incapacidad No. 9723620, se negó la misma por cuanto no cumplía con el mínimo de cotización, indicando que no se tuvo en cuenta la fecha de inicio de la incapacidad y de la relación laboral; iii) en relación con las incapacidades No. 12696675, 12451128, 12113240 y 84102, se negó el pago por cuanto los aportes debieron haberse realizado durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho, mencionando que se allegaron los correspondientes certificados de aportes que daban cuenta de el pago oportuno en el mes de recaudo.

Por otra parte y respecto de la negativa a la condena en el pago de intereses de mora, indicó que el artículo 4° del Decreto 1281 de 2002 contemplaba su procedencia y que con la demanda se allegaron todas las reclamaciones, las cuales incluso en el cuerpo petitorio de la demanda y en el archivo de Excel se relacionaron cada uno de los consecutivos con los cuales se radicaron las solicitudes de reembolso por medio de la página web de la EPS, no obstante, precisa que como las solicitudes se

hicieron por medio electrónico administrado por la EPS, el cual a veces funciona y a veces no, no fue posible obtener la totalidad del cruce de información, resaltando que en todo caso la EPS en conocimiento del deber de pago que tenía respecto de las incapacidades reclamadas procedió con el pago antes de dictar sentencia, así mismo, indicó que debía tenerse en cuenta y valorarse que la EPS en su escrito no hizo comentario alguno frente a la reclamación presentada y frente a la que guardó silencio lo cual significaba aceptación de su existencia de acuerdo con la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y que la sentencia violaba de manera directa lo dispuesto en el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y el numeral 2° del artículo 2.1.1.3 del Decreto 780 de 2016, aunado a lo anterior, refirió que teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 167 del CGP, que establecía que una vez demostrada la existencia de un trato irrazonable e incompatible el juez estaba facultado para trasladar la carga de la prueba a la persona que estuviera en mejores condiciones para demostrar los eventos alegados, por todo lo anterior resultaba procedente el reconocimiento de los intereses moratorios.

## VI. CONSIDERACIONES

Para resolver lo planteado en el recurso de apelación interpuesto por SERVIOLA SAS, se precisa que se abordará el análisis inicialmente atendiendo a cada uno de los reparos efectuados por la no procedencia del pago de la incapacidad, así:

### ✓ **Incapacidad No. 1392602:**

Esta incapacidad corresponde a la expedida a la trabajadora Liliana María Zapata Arboleda, por 5 días con fecha de inicio del 28/01/2015.

Revisada la documental allegada se advirtió que obra comprobante de nómina expedido por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2015, en el que se paga en forma

completa el salario de la trabajadora, así las cosas y dado que también se encuentran acreditados el pago oportuno de los aportes al sistema de seguridad social, se accederá al reconocimiento deprecado.

Al respecto debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo señalado en el parágrafo 1° del artículo 3.2.1.10 del Decreto 780 de 2016, los 2 primeros días de incapacidad laboral son a cargo del empleador por lo que corresponde a la EPS el pago de 3 días, en esa medida y dado que el salario devengado por la trabajadora asciende a \$644.350 y si bien en principio correspondería calcular el valor de la incapacidad en los términos del artículo 227 del C.S.T., esto es, teniendo en cuenta las 2/3 partes del salario durante los primeros 90 días de incapacidad (66,67%), dado que el salario devengado ascendía al salario mínimo mensual legal vigente para el 2015, aplicar dicho porcentaje resultaría en un valor inferior al salario mínimo mensual legal vigente, que no está permitido conforme lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-543 de 2017, se tiene que por los 3 días de incapacidad se deberá reconocer la suma de \$ 64.435.

✓ **Incapacidad No. 9723620**

Esta incapacidad corresponde a expedida a la trabajadora DIANA CAROLINA PERILLA, por 4 días a partir del 18 de abril de 2015.

Revisada la documental allegada se advirtió que la trabajadora se vinculó con SERVIOLA SAS, el 13 de enero de 2015, luego al verificar la planilla de aportes se aprecia que si bien se registran aportes en salud desde diciembre de 2014 (25 días cotizados), debe tenerse en cuenta que de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.13.4. del Decreto 780 de 2016, se requiere un mínimo de 4 semanas cotizadas en el sistema general de seguridad social en salud para tener derecho al reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general y toda vez que en materia de aportes en salud,

el artículo 3.2.1.3. ibidem señala *“En el Sistema de Seguridad Social en Salud, por tratarse de un riesgo que se cubre, mediante el pago anticipado de los aportes, se tomará como base para el cálculo de estos el valor de la nómina pagada o de los ingresos percibidos en el mes calendario anterior a aquel que se busca cubrir”*, se tiene que la primera cotización a salud se realizará al inicio del siguiente mes de la vinculación del trabajador, de acuerdo con ello la cotización del mes de marzo de 2015, se vería compensada en el mes de abril de 2015, y toda vez que el ciclo de marzo de 2015, fue pagado por 30 días, se tiene que resulta procedente el reconocimiento de la prestación.

Aunado a lo anterior, y toda vez que al revisar las planillas de aportes no se advierte que hubiese existido mora en el pago de los mismos, resultaría procedente acceder al reconocimiento de no ser porque no reposa soporte que acreditara el pago de la incapacidad a la trabajadora en la medida en que los comprobantes de nómina que se allegaron corresponden al periodo comprendido entre el 1° de junio de 2015 y el 15 de junio de 2015, esto es, 2 meses después de expedida la incapacidad y tampoco coinciden los días otorgados por concepto de la incapacidad con los allí cancelados, o una reliquidación de prestaciones del 22 de marzo de 2016 (con fecha de radicación del 11 de julio de 2017), lo que impide determinar que en efecto se hubiese realizado el pago de la incapacidad aquí mencionada, sin que pueda pasarse por alto que de conformidad con lo establecido en el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, es el empleador quien debe adelantar el trámite para el reconocimiento y pago de la incapacidad por enfermedad general, de tal suerte que debe operar el pago al trabajador para poder tener derecho a reclamar el reembolso.

✓ **Incapacidades No. 12696675, 12451128, 12113240 y 84102.**

**Incapacidad No. 12696675**

Esta incapacidad le fue expedida a la trabajadora María José Gutiérrez Guzmán, por 5 días a partir del 10/07/2015.

Revisada la documental se advierte que la trabajadora suscribió 2 contratos con SERVIOLA SAS, el primero, el 8 de enero de 2015, y el segundo, el 4 de enero de 2017, evidenciándose que en la carpeta de esta trabajadora, solo reposa la planilla de aportes efectuada a partir de enero de 2017, en tanto que la planilla de aportes que se aportó desde diciembre de 2014 hasta julio de 2015, corresponde a la señora MAYERLIN JARAMILLO MORENO, en consecuencia, y dado que no se acreditó el pago de los aportes conforme lo establece el inciso 3 del artículo 24 del Decreto 4023 DE 2011, compilado en el artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, que señala que para el pago de prestaciones económicas “(...) las EPS y las EOC deberán verificar la cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.” no es posible acceder a lo solicitado.

### **Incapacidad No.12451128**

Esta incapacidad le fue expedida a la trabajadora Andrea Paola Moreno Cartagena, por 3 días a partir del 17/06/2015.

Revisada la documental allegada se advierte que la trabajadora suscribió contratos con SERVIOLA SAS, el 27 de febrero de 2015, evidenciándose que en la planilla de aportes se registran aportes desde el mes de febrero (4 días) hasta junio de 2015, realizados en forma oportuna, no obstante, al revisar el comprobante de nómina allegado en soporte de haber cancelado la incapacidad a la trabajadora se advierte que el mismo corresponde al periodo comprendido entre el 01/08/2015 al 31/08/2015, esto es, 2 meses después de expedida en la incapacidad y tampoco coinciden los días otorgados por concepto de la incapacidad con los allí cancelados, lo que impide determinar que en efecto se hubiese realizado el pago de

la incapacidad aquí mencionada, y por tanto no es posible acceder a su reconocimiento.

**Incapacidad No. 12113240 (1325641)**

Esta incapacidad le fue expedida a la trabajadora Omaira Herrera Escobar, por 3 días a partir del 13/05/2015.

Revisada la documental allegada se advierte que la trabajadora suscribió contratos con SERVIOLA SAS, el 13 de enero de 2015, evidenciándose que en la planilla de aportes se registran aportes desde el mes de noviembre de 2014 (21 días) hasta mayo de 2015, realizados en forma oportuna, no obstante, al revisar el comprobante de nómina allegado en soporte de haber cancelado la incapacidad a la trabajadora se advierte que el mismo corresponde a una reliquidación de prestaciones sociales del 5 de octubre de 2015, esto es, 5 meses después de expedida en la incapacidad, sin que de ella pueda determinarse que en efecto se hubiese realizado el pago de la incapacidad aquí mencionada, y por tanto no es posible acceder a su reconocimiento.

**Incapacidad No. 84102.**

Esta incapacidad le fue expedida a la trabajadora Angie Janilet Cardona, por 3 días a partir del 14/05/2015.

Revisada la documental allegada se advierte que la trabajadora suscribió contratos con SERVIOLA SAS, el 26 de febrero de 2015, evidenciándose que en la planilla de aportes se registran aportes desde el mes de febrero (5 días) hasta mayo de 2015, realizados en forma oportuna, no obstante, al revisar el comprobante de nómina allegado en soporte de haber cancelado la incapacidad a la trabajadora se advierte que el mismo corresponde al periodo comprendido entre el 16/08/2015 al 31/08/20105, esto es, 3 meses después de expedida en la incapacidad y tampoco coinciden los días

otorgados por concepto de la incapacidad con los allí cancelados, lo que impide determinar que en efecto se hubiese realizado el pago de la incapacidad aquí mencionada, en consecuencia no es posible acceder a su reconocimiento.

De otra parte y respecto a los intereses moratorios, debe acudirse a lo dispuesto en el **artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016** que compiló lo señalado en el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, de acuerdo con el cual se establecen unos periodos dentro de los que se debe realizar el pago de las prestaciones económicas por las EPS y EOC al empleador y/o aportante, así como, se contempla el pago de intereses moratorios en el evento de no realizarse el pago de la prestación dentro de los periodos allí definidos, así se tiene que el artículo en mención señala:

**“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS.** <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

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

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

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

**PARÁGRAFO 2.** *De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.*

*(Artículo 24 del Decreto 4023 de 2011).”*

De igual forma y toda vez que tratándose de los intereses moratorios, la norma antes citada nos remite al **artículo 4 del Decreto 1281 de 2002**, debe acudirse al mismo a efectos de advertir lo que este dispone:

***“ARTÍCULO 4o. INTERESES MORATORIOS.*** *El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”*

Así las cosas y teniendo en cuenta lo dispuesto por las normas antes mencionadas, se tiene que las EPS deben cancelar en forma directa al aportante las incapacidades y/o licencias, debiéndose para ello presentar la solicitud de reconocimiento por parte del empleador y/o aportante, luego la EPS dentro de los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la reclamación procederá con la revisión y liquidación de las mismas, así como procederá con la autorización o no de la misma, advirtiéndose que en el evento en que esta sea autorizada deberá pagarse dentro de los 5 días hábiles siguientes, debiéndose tener en cuenta que el no pago dentro del periodo señalado, esto es, 20 días hábiles contados a partir de la reclamación presentada por el empleador y/o aportante, genera sanciones, correspondientes a intereses de mora liquidados a la tasa de interés moratorios establecidos para los tributos administrados por la DIAN.

De conformidad con lo anterior, es claro que para poder establecer la procedencia de los intereses moratorios se requiere tener certeza respecto de la reclamación presentada por SERVIOL SAS, frente a cada una de las incapacidades reclamadas en la demanda, sobre el particular se advierte que en la prueba documental que reposa en el CD allegado por la empresa demandante, obra *comprobantes de incapacidad rechazo de indemnización*” y/o *certificado de incapacidad* de los que es factible establecer la fecha en que se solicitó el pago de la incapacidad, como se observa a continuación:

En ese orden de ideas, y toda vez que se advierte que en el presente asunto el objeto de debate versó en el pago total de las incapacidades reclamadas, es decir, que no se presentaron pagos parciales sobre las

| No. | Trabajador                      | Id trabajador | Incapacidad | Inicio incapacidad | Días | Fecha radicación solicitud pago | Vencimiento plazo para pago | Inicio intereses |
|-----|---------------------------------|---------------|-------------|--------------------|------|---------------------------------|-----------------------------|------------------|
| 1   | Liliana María Zapata arboleda   | 21.591.532    | 1392602     | 28/01/2015         | 5    | 6/02/2015                       | 5/03/2015                   | 6/03/2015        |
| 2   | Nancy Verónica Ruiz correa      | 25.288.320    | 25288       | 1/04/2015          | 5    | 9/06/2015                       | 08/07/205                   | 9/07/2015        |
| 3   | Norelia Quintero Hurtado        | 31.435.313    | 1000861848  | 8/04/2015          | 5    | 8/05/2015                       | 9/06/2015                   | 10/06/2015       |
| 4   | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 11760432    | 10/04/2015         | 3    | 22/04/2015                      | 21/05/2015                  | 22/05/2015       |
| 5   | Diana cuero mantilla            | 38.473.399    | 11771921    | 11/04/2015         | 3    | 22/04/2015                      | 21/05/2015                  | 22/05/2015       |
| 6   | John Didier Escobar Pérez       | 16.464.259    | 12169919    | 19/05/2015         | 3    | 3/06/2015                       | 6/07/2015                   | 7/07/2015        |
| 7   | Claudia Patricia Guaca Zúñiga   | 38.554.901    | 12164066    | 19/05/2015         | 3    | 3/06/2015                       | 6/07/2015                   | 7/07/2015        |
| 8   | Claudia Patricia Guaca Zúñiga   | 38.554.901    | 12190374    | 22/05/2015         | 4    | 3/06/2015                       | 6/07/2015                   | 7/07/2015        |
| 9   | Diana Carolina Vallejo Vera     | 31.436.636    | 1000933488  | 23/05/2015         | 7    | 11/06/2015                      | 13/07/2015                  | 14/07/2015       |
| 10  | Emelas Angulo Angulo            | 18.162.164    | 127423      | 29/05/2015         | 15   | 6/07/2015                       | 4/08/2015                   | 5/08/2015        |
| 11  | Diana Carolina Vallejo Vera     | 31.436.636    | 1000932762  | 30/05/2015         | 2    | 11/06/2015                      | 13/07/2015                  | 14/07/2015       |
| 12  | Diana Carolina Vallejo Vera     | 31.436.636    | 1000933754  | 1/06/2015          | 15   | 11/06/2015                      | 13/07/2015                  | 14/07/2015       |
| 13  | Elizabeth Giraldo Rodriguez     | 42.127.161    | 24962860    | 13/06/2015         | 5    | 10/07/2015                      | 11/08/2015                  | 12/08/2015       |
| 14  | Claudia Patricia Guaca Zúñiga   | 38.554.901    | 12473598    | 18/06/2015         | 3    | 3/06/2015                       | 6/07/2015                   | 7/07/2015        |
| 15  | Germán Mera                     | 16.745.720    | 1270696     | 13/07/2015         | 3    | 12/08/2015                      | 10/09/2015                  | 11/09/2015       |
| 16  | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 12734989    | 15/07/2015         | 5    | 12/08/2015                      | 10/09/2015                  | 11/09/2015       |
| 17  | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 1277423     | 20/07/2015         | 2    | 12/08/2015                      | 10/09/2015                  | 11/09/2015       |
| 18  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 13715645    | 30/09/2015         | 30   | 16/10/2015                      | 17/11/2015                  | 18/11/2015       |
| 19  | Germán Mera                     | 16.745.720    | 13599302    | 9/10/2015          | 3    | 16/10/2015                      | 17/11/2015                  | 18/11/2015       |
| 20  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 13715645    | 30/10/2015         | 10   | 6/11/2015                       | 7/12/2015                   | 8/12/2015        |
| 21  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 13892276    | 9/11/2015          | 15   | 13/11/2015                      | 15/12/2015                  | 16/12/2015       |
| 22  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 14022972    | 24/11/2015         | 15   | 11/12/2015                      | 13/01/2016                  | 14/01/2016       |
| 23  | Sandra Marcela Vélez Castañeda  | 31.435.546    | 13832715    | 27/11/2015         | 3    | 11/12/2015                      | 13/01/2016                  | 14/01/2016       |
| 24  | Adriana María Quintero Martínez | 38.550.814    | 105785      | 27/11/2015         | 2    | 28/12/2015                      | 27/01/2016                  | 28/01/2016       |
| 25  | Diana Carolina perilla Ayala    | 29.973.620    | 14143461    | 4/12/2015          | 5    | 18/12/2015                      | 20/01/2016                  | 21/01/2016       |
| 26  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 14178386    | 9/12/2015          | 8    | 18/12/2015                      | 20/01/2016                  | 21/01/2016       |
| 27  | Diana Carolina perilla Ayala    | 29.973.620    | 14176990    | 9/12/2015          | 5    | 18/12/2015                      | 20/01/2016                  | 21/01/2016       |
| 28  | Sandra Patricia Mina Jaramillo  | 25.381.190    | 14256495    | 17/12/2015         | 7    | 27/01/2016                      | 24/02/2016                  | 25/02/2016       |

mismas en virtud de los cuales pudiera existir un reproche ante la inactividad del reclamante, se condenará a la demandada EPS SOS S.A., al pago de los intereses moratorios por el no reembolso oportuno de las incapacidades solicitadas conforme a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, teniendo como extremo inicial la fecha que se indicó en el cuadro citado traído a colación en precedencia y como extremo final la fecha en que se efectúe el pago, los cuales correrán sobre el valor reconocido respecto de cada incapacidad.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 3° de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, de fecha 26 de junio de 2020, en el sentido de adicionar la suma \$64.435 al valor de \$3.626.159 para un total a reconocer por concepto de incapacidades de \$3.690.594, así mismo, ordenar el pago de los intereses moratorios causados desde la fecha señalada para cada una de las incapacidades, los cuales correrán hasta cuando se efectuó el pago y sobre el valor de cada incapacidad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

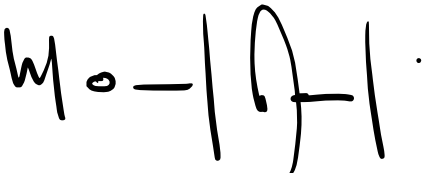
**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**



**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

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

**SUMARIO –APELACION PROVIDENCIA- PROMOVIDO POR DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” contra COOMEVA EPS S.A.**

**EXPEDIENTE N° 11001 2205 000 2021 01060 01**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

**SENTENCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES “DIAN” contra el fallo proferido el 30 de septiembre de 2020 por la Superintendencia Nacional de Salud –Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación-, impugnación concedida por auto del 22 de febrero de 2021 (fl. 41) y remitido el expediente a esta Corporación el 12 de agosto de 2021 (C2 fl. 2).

**I. OBJETO DE LA ACCIÓN**

La DIAN pretendió que en su favor se ordenará el reconocimiento y pago de la licencia por enfermedad general solicitada, por valor de

\$380.000, más los intereses moratorios generados desde la fecha de pago de la licencia y hasta que se realizará el desembolso de la misma.

## **II. HECHOS QUE FUNDAMENTAN LAS PRETENSIONES**

La parte actora manifestó que le fueron expedidas incapacidades a la funcionaria LUZ DARY ROJAS, por el periodo comprendido entre el 30 de marzo de 2012 al 13 de abril de 2012, por parte de COOMEVA EPS S.A., generando una licencia por enfermedad de 15 días, precisando que la DIAN mediante Resolución del 13 de abril de 2012, le reconoció licencia por incapacidad general a la mencionada funcionaria, la cual le fue pagada de acuerdo con los comprobantes de nómina aportados, no obstante, COOMEVA EPS S.A. no les ha realizado el pago, ello pese a que mediante oficio No. 100214309-908-2016, del 20 de junio de 2016, solicitaron directamente a la demandada el reembolso reclamado.

## **III. RESPUESTA DE COOMEVA EPS S.A.**

La demandada sostuvo que se oponían al reconocimiento y pago de la de la incapacidad otorgada a la Señora LUZ DARY ROJAS MARTINEZ, por cuanto se encontraba prescrita en término para la reclamación por parte del empleador y frente a los intereses moratorios reclamados en la medida en que la EPS había obrado bajo los parámetros legales vigentes al negar el reconocimiento y pago de la incapacidad, toda vez que al momento de la reclamación ya había operado el fenómeno de la reclamación. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Prescripción en la reclamación de la prestación económica y excepción genérica.

## **IV. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA**

La Superintendencia Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación, no accedió a las pretensiones planteadas, señalando que aunque estaba probado que la Señora LUZ DARY ROJAS MARTINEZ, sostuvo relación laboral con la DIAN desde el 26 de marzo de 1984, que

la misma al momento de otorgársele la prestación económica se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social en salud en COOMEVA EPS S.A., por lo que era beneficiaria de las prestaciones económicas que incluye el régimen contributivo, así como que la incapacidad le había sido expedida entre el 30 de marzo de 2012 al 13 de abril de 2012 (por 15 días), no existía soporte del pago de la incapacidad, ya que los comprobantes de nómina que se allegaron correspondían a los meses de febrero de 2012 y marzo de 2012, fechas anteriores a la expedición de la incapacidad y que la reclamación realizada ante la EPS Oficio No. 100214309-908-2016 de fecha 20 de junio de 2016, no tiene recibido de la misma y por tanto las incapacidades se encontraban prescritas.

## **V. RECURSO DE IMPUGNACIÓN**

La DIAN, impugnó la decisión, mediante escrito en el que mencionó que discrepaba de los argumentos de la sentencia de primera instancia por cuanto estaban errados y existía una indebida valoración probatoria, mencionado que la fecha de pago de la licencia por parte de la Dian se realizó el 31 de mayo de 2012, y que la reclamación del reembolso ante la EPS se presentó el 3 de septiembre de 2014, mediante oficio No. 100214309-1732-2014 y recibido por parte de la EPS el 9 de septiembre de 2014, de acuerdo con la guía de 472 No. RN239025159CO, la cual había sido reiterada mediante oficio No. 100214309-908-2016 del 20 de junio del 2016, el cual fue recibido por parte de Coomeva EPS S.A. el 24 de junio de 2016, de acuerdo con la guía de 472 No. YG131865115CO, adicionalmente, indicó que en el desprendible de nómina del mes de mayo de 2012, se realizó el reconocimiento de la licencia por enfermedad general y adicionalmente la coordinación expidió certificación donde se detallaba la fecha de pago y valor del reconocimiento efectuado por la prestación económica y la coordinación de tesorería emitió certificación de pago de salarios con el detalle correspondiente para el mes de mayo de 2012, por lo que solicitó revocar el fallo de la Superintendencia y condenar a COOMEVA EPS S.A., por el no pago oportuno de la incapacidad y al pago de los intereses moratorios. Así mismo, se resalta que junto con el

recurso el apoderado anunció que adjuntaba documentales, advirtiéndole que allegó comprobantes de nómina expedidos por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2012 y 31 de mayo de 2012 (fl. 39) y un certificado de entrega expedido por la empresa de correo 472 remitido por la DIAN y como destinatario MONICA DIAZ REYES (fl. 40).

Establecida de esta manera la inconformidad, se procede a resolver el recurso previas las siguientes,

## VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si COOMEVA EPS S.A., debe reconocer y pagar a favor de la DIAN las incapacidades reclamadas por éste y en caso afirmativo, si resulta procedentes los intereses moratorios reclamados y si tales conceptos se encuentran o no afectados por el fenómeno de la prescripción.

Al respecto, en materia de reembolso del pago de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad, lo primero que debe tenerse en cuenta es que de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, el trámite para el reconocimiento de los mismos al trabajador debe ser adelantado por el empleador, pues se señala:

**“ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.** El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

*Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.”*

De acuerdo con lo anterior, se tiene que el empleador, deberá pagar la incapacidad y/o licencia al trabajador en los eventos que lo contempla la

ley<sup>1</sup> y luego proceder con el recobro ante el Sistema General de Seguridad Social, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo **2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016** (modificado artículo 3 del Decreto 1333 de 2018), en el que se señala:

**“ARTÍCULO 2.2.3.1.1. PAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS.** <Artículo modificado por el artículo 3 del Decreto 1333 de 2018. El nuevo texto es el siguiente:> A partir de la fecha de entrada en vigencia de las cuentas maestras de recaudo los aportantes y trabajadores independientes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y/o paternidad.

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

**En todo caso, para la autorización y pago de las prestaciones económicas, las EPS y las EOC deberán verificarla <sic> cotización al Régimen Contributivo del SGSSS, efectuada por el aportante beneficiario de las mismas.** (Subrayas y negrita fuera de texto).

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

**PARÁGRAFO 2.** De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o EOC, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.”

Así se tiene que, de conformidad con la normatividad citada a efectos de determinar la procedencia del reembolso que se solicita por la DIAN, lo primero que debe realizarse es la verificación del pago efectuado por el mencionado empleador a la Señora LUZ DARY ROJAS MARTINEZ y que se encuentre al día en el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social, de tal suerte que acreditado lo anterior, resultaría viable el reconocimiento de la incapacidad y/o licencia.

En el caso particular y frente al tema, el apoderado de la parte actora refirió que en el desprendible de nómina del mes de mayo de 2012, se

<sup>1</sup> Por regla general sería respecto de las incapacidades expedidas hasta el día 180 de incapacidad, debiéndose tener en cuenta que son a cargo del empleador los 2 primeros días de incapacidad originada por enfermedad general y de las EPS a partir del 3 día de incapacidad. (Ver Art. 3.2.1.10. del Decreto 780 de 2016 y Art. 142 Decreto 019 de 2012).

realizó el reconocimiento de la licencia por enfermedad general, no obstante, al revisar las pruebas que fueron oportunamente allegadas se advierte que a folio 5 del expediente reposa la Resolución No. 284 del 13 de abril de 2012 *“Por la cual se concede una licencia por enfermedad”*, en la que en su artículo primero dispuso conceder 15 días de licencia por enfermedad a la funcionaria LUZ DARY ROJAS MARTINEZ, por el lapso comprendido entre el 30 de marzo de 2012 al 13 de abril de 2012 inclusive, a continuación, en el artículo 3 se señaló que la resolución regía a partir de la fecha de su expedición, en consecuencia, se tendría que el comprobante de nómina que soportara su pago debería ser el del mes de abril de 2012, salvo que se acreditara una situación diferente.

Ahora bien, al revisar los comprobantes de nómina que fueron aportados (CD), se advierte que los allegados fueron los del mes de febrero de 2012 y marzo de 2012, los cuales son anteriores a la incapacidad y al reconocimiento de la licencia efectuada por la DIAN, debiéndose resaltar frente al comprobante de nómina del mes de mayo de 2012, que se allegó junto con la impugnación, lo siguiente: i) el mismo cambia el presupuesto factico sobre el cual se profirió la decisión de la Superintendencia y ii) se trata de soporte probatorio deficiente, en la medida en que en el comprobante allegado (mayo de 2012) los días concedidos por licencia de enfermedad fueron 12, es decir, que no coinciden con los días en los que fue expedida la incapacidad “15”, ni son consecuentes con lo reconocido en la resolución ya mencionada, así como tampoco, se adjuntó certificación de incapacidades expedidas a la trabajadora de las que se pudiera colegir que la misma no presentó otras incapacidades en el mes de mayo de 2012, conforme a lo anotado se tendría que no se cumplen con los principios de oportunidad, publicidad y contradicción de la prueba.

Al respecto conviene recordar que la congruencia en materia de las decisiones judiciales, se limita a las pretensiones y hechos planteados en la demanda, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes, por lo que se debe obrar en ese marco que edifica

la relación jurídica sustancial y procesal en el espacio jurisdiccional, tal y como lo ha señalado la C.S.J, S.C.L. en sentencia SL-440-2021.

En ese orden de ideas y como quiera que en este caso el derecho se hacia exigible una vez se hubiesen cancelado las incapacidades a la trabajadora, aspecto que no pudo acreditarse en el caso concreto tal y como se señaló en la decisión de primera instancia, se procederá a conformar la decisión de la Superintendencia Nacional de Salud.

Sin costas en esta instancia.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACION, de fecha 30 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

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

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

  
**LORENZO TORRES RUSSY**

  
**MARLENY RUEDA OLARTE**

  
**MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO**

SALVO VOTO. En mi criterio es un proceso de única instancia, y no procedía la apelación.