

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00363 -01.

Demandante: **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 01 de diciembre de 1995. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. retorne a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido, tales

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00363 -01.

Demandante: **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y rendimientos.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 102 a 123), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, 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 administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (fls. 134 y 135), se allanó a las pretensiones de la demanda.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 26 de febrero de 2021, declarando la ineficacia del traslado efectuado por la actora al R.A.I.S., acaecido el 30 de noviembre de 1995; ordenando a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES – los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la

obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES señaló que no se comparte la interpretación del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues no es un término prescriptivo, no tenía como esencia extinguir derechos, lo que se previó fue salvaguardar la estabilidad financiera, para que en los últimos diez años de servicios se tuviera una fidelidad al régimen, y la mesada pensional fuera justa, no obstante, desde hace más de 20 años la actora no cotiza a este régimen; que con lo anterior, se socavarían derechos de personas que si han guardado fidelidad al régimen de prima media; que el descontento del valor de la mesada no se puede reputar como una falta al deber de información; que COLPENSIONES no tuvo nada que ver con la decisión de la actora; y que estas decisiones están afectando la estabilidad financiera del sistema, y van en contravía del principio que el interés general está por encima del particular.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen

consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00363 -01.
Demandante: **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL.**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

aportes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como

el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir,

que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de

retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 12 de diciembre de 1985 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folio 14; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 30 de noviembre de 1995 (fl. 13); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 28 de enero y 22 de marzo de 2019, ante COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., respectivamente, las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 6 a 12).

A folio 13 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 12 de diciembre de 1995 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola

afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, por cuanto de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, por el contrario, únicamente dio cuenta que su asesoría versó en que el I.S.S. iba a terminar, y que su mesada pensional sería mejor en el R.A.I.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora TORRALBA NOVAL en el traslado que ésta realizó el 12 de diciembre de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00363 -01.

Demandante: **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

sentencia a fin de ADICIONAR la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y gastos de administración que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00363 -01.

Demandante: **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2019-00363 -01.

Demandante: **ELSA MARINA TORRALBA NOVAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos y gastos de administración que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Elsa Marina Torralba Noval
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2019-00363-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.
Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ** promoviese contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR S.A., así como la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

nulidad del traslado que realizó a COLFONDOS S.A.. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. devuelvan a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, aportes voluntarios, con todos sus frutos e intereses, gastos de administración y seguros de pensión mínima, de vejez, y de sobrevivientes.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 113 a 123), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y de ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 6), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** (archivo 7) de igual manera se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 26 de febrero de 2021, declarando la ineficacia del traslado de la demandante a través de la AFP Colpatria hoy PORVENIR S.A., de fecha 10 de octubre de 1996, así como su posterior traslado entre administradoras. Igualmente, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora; a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como lo descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación a este fondo; a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Expresó que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 se refiere a la posibilidad de atentar o impedir la afiliación de un trabajador, no obstante, tal situación no quedó acreditada; que por el contrario la afiliación de la actora se efectuó como consecuencia de su autonomía y libertad de escogencia de régimen pensional; que en el expediente obra formulario de afiliación, teniéndose que la actora durante 24 años estuvo en el mismo régimen, e inclusive efectuó traslado en el interior del R.A.I.S. a COLFONDOS S.A.; que no hubo ningún tipo de queja por falta de información por parte de la actora; que lo anteriores actos de relacionamiento permiten establecer que era deseo de la demandante estar en el R.A.I.S.; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse conforme a la Ley 797 de 2003, la que fue sometida a control previo de constitucionalidad, y se declaró exequible conforme al principio de sostenibilidad financiera; y que los gastos de administración no deben ser retornados, ya que se destinan conforme a la ley, no hacen parte de la pensión ni son del afiliado, los que por demás se encuentran prescrito; que lo anterior, conforme criterio de la Superintendencia Financiera.

COLPENSIONES

Señaló que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues no podía ser favorecida ni desfavorecida por un acto que proviene de un tercero, pues COLPENSIONES nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora; que con la ineficacia de la afiliación de la actora se afecta el principio de la sostenibilidad financiera, pues con este regresó se desequilibra las finanzas de la entidad; que la actor estaba inmersa en prohibición de trasladarse de régimen pensional; y que se deben

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.
Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

devolver todos los valores que recibieron los fondos privados, pues al causar el perjuicio, son estos quienes deben resarcirlos.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de PORVENIR S.A., para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.
Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.
Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado,

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad**. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

f) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de

ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 30 de septiembre de 1991 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 134 y 135); **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR S.A., el 10 de octubre de 1996 (fl. 57); **iii)** La demandante se trasladó a COLFONDOS S.A. el 14 de marzo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

2002 (fl. 58); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 19 de junio, 17 y 28 de septiembre de 2019, ante COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 59 a 64, y 71 a 76).

A folio 57 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de octubre de 1996 con A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, luego, la declaración no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora GARCÍA SÁNCHEZ en el traslado que ésta realizó el 10 de octubre de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A.,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral cuarto de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se encuentran **los aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se **MODIFIARÁ el numeral tercero** de la sentencia, pues le corresponde a **PORVENIR S.A.** no sólo deben devolver los sumas descontadas por gastos de administración, sino de igual forma **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.

Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.(ver sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838)

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.
Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PORVENIR S.A. no sólo debe devolver las sumas descontadas por gastos de administración, sino de igual forma **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, se encuentran **los aportes de la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

TERCERO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

CUARTO. – Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00751 -01.
Demandante: **FANNY STELLA GARCÍA SÁNCHEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Fanny Stella García Sánchez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2019-00751-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.
Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ** promoviese contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. y A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. retorne a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses, y rendimientos; y que COLPENSIONES la reciba y la tenga afiliada sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuarse sus correspondientes traslados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (documento 20), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (documento 23), también se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó buena fe, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (documento 28), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 11 de octubre de 2021, declarando ineficaz la afiliación o el traslado efectuado por la demandante el 25 de abril de 1996 a través de COLFONDOS S.A., como consecuencia de lo anterior igual suerte corren los traslados horizontales y se ordena a PORVENIR S.A., traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, a esta que reciba dicho recursos, reactive la afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizada, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Dijo que la única normativa vigente para el momento del traslado de la actora era el Decreto 663 de 1993, el que si bien exigía brindar información, no se le obligaba a aportar documentos al momento de la asesoría; que actuó de conformidad con la normativa vigente, la que estaba acorde con lo expuesto por la Superintendencia Financiera, quien sólo exigía documentar a través del formulario de afiliación, siendo las asesorías de carácter verbal; que no estaba en la capacidad de imaginar que debía tener un soporte documental adicional, razón está por la que se debe tener el formulario de afiliación; que aunado a lo anterior existieron actos de relacionamiento de la actor, que permite establecer su intención de estar en el R.A.I.S.; y que no se está persiguiendo una ineficacia por falta de información sino por el no cumplimiento de una expectativa pensional.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES.

Señaló que se debe imponer condena por concepto de gastos de administración, ya que, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, pues las cosas deben retrotraerse a su estado anterior y devolverse lo que se recibió por concepto de la afiliación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de la parte actora, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar a reconocer a favor de COLPENSIONES los gastos de administración.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.
Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

f) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 20 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

septiembre de 1989 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 24 a 27 del documento 02; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 25 de abril de 1996 (fl. 57 del documento 02); **iii)** Se trasladó dentro del R.A.I.S., así: de COLFONDOS S.A. a A.F.P. Colpatria a PORVENIR S.A. el 30 de septiembre de 1998 (fl. 56 del documentos 02); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 11 de octubre de 2019, ante COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 28 a 55 del documento 02).

A folios 24 a 27 del documento 02 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25 de abril de 1996 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, únicamente dio cuenta que su asesoría versó en que el I.S.S. iba a terminar y que su mesada pensional sería mejor en el R.A.I.S.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CELIS PÉREZ en el traslado que ésta realizó el 25 de abril de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la actora con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia, a fin de ADICIONAR la sentencia, pues a **COLFONDOS S.A.** también le corresponde reembolsar las sumas que hubiere recibido por concepto de la afiliación de la actora, por lo que de igual manera, se le ordenará **devolver las**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.

Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**

Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

sumas que hubiere recibido por concepto de gastos de administración, sumas descontadas para seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima, y comisiones; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (ver sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838.

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.
Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

derechos que de ella emanen, son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos existente en la cuenta de ahorro individual, también debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, se **MODIFICA el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES, **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00209 -01.
Demandante: **DIANA LUCIA CELIS PÉREZ.**
Demandado: **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Diana Lucía Celis Pérez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**015-2020-00209-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00315 -01.

Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” o ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que se podrá solicitar su pensión de vejez ante COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. retorne a COLPENSIONES

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00315 -01.

Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

los valores que hubiere recibido, tales como, cotizaciones y rendimientos; que PORVENIR S.A. envíe todos los detalles del traslado de la actora; que COLPENSIONES active su afiliación, y acepte y reciba los aportes remitidos por PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (documento 04), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto existente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (documento 06), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 02 de noviembre de 2021, declarando ineficaz el traslado del régimen pensional

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00315 -01.

Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

que hiciere la actora ante PORVENIR S.A. el 23 de abril de 2002; declarando que para todos los efectos legales la afiliada siempre permaneció en el régimen de prima media; ordenando a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos que hubiere recibido con motivo de la afiliación, y a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., estos y a actualizar la historia laboral. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES señaló que se debe adicionar en la condena los gastos de administración, pues debe entenderse que el negocio jurídico nunca surgió a la vida jurídica.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar a reconocer a favor de COLPENSIONES los gastos de administración.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la

ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado

Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de

las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte

está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego

entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 24 de julio de 1985 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 14 a 21 del documento 01; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 23 de abril de 2002 (fl. 22 del documento 01); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 03 y 08 de octubre de 2019, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 23 a 32 del documento 01).

A folio 22 del documento 01 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de abril de 2002 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, por el contrario, únicamente dio cuenta que su asesoría versó en que el I.S.S. iba a terminar, que la mejor opción eran los fondos privados, que su mesada pensional sería mejor en el R.A.I.S., y que podía retirar sus aportes cuando quisiera; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Igualmente, del testimonio de **Beatriz Solano Solano** se logró acreditar que se dio cumplimiento por parte del fondo privado al deber de información, pues contrario a ello, informó que estuvo en la misma reunión en que la se trasladó; que la reunión les manifestaron únicamente que el I.S.S. se iba a acabar, que era su salvación, y que se podían pensionar cuando quisieran; que no hablaron de la posibilidad de retractarse, así como tampoco que la conformación de un núcleo familiar podía alterar el valor de la pensión, ni les dieron a conocer ningún tipo de reglamento.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086

de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora TOVAR AÑEZ en el traslado que ésta realizó el 23 de abril de 2002, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00315 -01.

Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, a fin de ADICIONAR la sentencia, pues a **COLPENSIONES** también le corresponde además de recibir aportes y rendimientos, recibir **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00315 -01.

Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (ver sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838)

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL**

**SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA
SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe recibir COLPENSIONES de PORVENIR S.A. con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de ésta, también debe recibir **las sumas pagadas por concepto de comisiones, gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. – Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-029-2020-00315 -01.
Demandante: **MARÍA BELÉN TOVAR AÑEZ.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Belén Tovar Añez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**029-2020-00315-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00461 -01.

Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad”, ineficacia o inexistencia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que siempre ha permanecido en el régimen de prima media. Como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00461 -01.

Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. devuelva a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido, tales como, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos, y costos de administración; que se reactive su afiliación en COLPENSIONES; y que se actualice y corrija su historia laboral como si nunca se hubiera trasladado de régimen.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (archivo 07), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (archivo 9), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 26 de febrero de 2021, declarando la ineficacia del traslado que efectuó la

Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

demandante a PORVENIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el 03 de agosto de 2000, y que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida. Igualmente, condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración; a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la actora, y a aceptar los valores que remita PORVENIR S.A. Se condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES

Señaló que al suscribirse el formulario de afiliación mediaba el consentimiento de la parte contratante, de manera que sí se presentó un vicio, este podía ser saneado con el paso del tiempo; que el vínculo contractual generó obligaciones recíprocas, siendo las del afiliado las mismas del consumidor financiero, debiéndose informar, y tener el adecuado el debido cuidado al momento de elegir productos; que la motivación de la demandante gira en torno al valor que sería su mesada; que en interrogatorio de parte, la actora manifestó que debía tener edad y semanas, pese a expresar que no recuerda varios aspectos de su afiliación, lo que no quiere decir que no se hubiera cumplido con el deber de información; y que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, pues el traslado de la actora afecta este, pues no contribuyó al régimen de prima media, generando un menoscabo patrimonial en COLPENSIONES.

PORVENIR S.A.

Expresó que el consentimiento informado se materializó con el formulario de afiliación suscrito por la actora, documento público que no fue tachado de falso y se trataba de un

requerimiento legal; que se garantizó el retracto con la publicación realizada en el diario El Tiempo; y que se reconoce el principio de la autonomía de la voluntad de la actora de estar en el fondo privado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00461 -01.
Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>

Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos

que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de

información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

e) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

“Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto,

desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó.

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 27 de septiembre de 1982 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 12 a 57 del archivo 04; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 03 de agosto de 2000 (fl. 11 del archivo 04); **iii)** El 04 de agosto de 2009 le fue aceptado el traslado a la demandante por parte de COLPENSIONES, no obstante, con posterioridad, dicha entidad estableció que la actora no tenía la edad para trasladarse, pues le faltaban menos de diez años para pensionarse, por lo que consideró que era incompetente para pronunciarse sobre el reconocimiento pensional, tal y como dan cuenta las Resoluciones SUB 30621 y SUB 322462 del 07 y 26 de noviembre de 2019, respectivamente, y DPE 220 del 07 de enero de 2020 (fls. 52 a 71 del archivo 04); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 13 de agosto de 2020, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls. 36 a 51 del archivo 04).

A folio 11 del archivo 04 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 03 de agosto de 2000 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, pues únicamente dio cuenta que el fondo privado le informó que serían estas administradoras las que asumirían las pensiones, que el asesor sólo refirió las ventajas de estar en PORVENIR S.A., y que le fueron informadas las diferencias entre los regímenes pensionales; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha

manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora PARRA VARGAS en el traslado que ésta realizó el 03 de agosto de 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos financieros, y gastos de administración, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00461 -01.

Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado (ver sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838)

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00461 -01.

Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos financieros, y gastos de administración, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-037-2020-00461 -01.
Demandante: **CRISTIAN MAYERLINE PARRA VARGAS.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Cristian Mayerline Parra Vargas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**037-2020-00461-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2016-00424 -02
Demandante: **OLIVIER FRANCOIS MARC ABERLIN.**
Demandado: **PERENCO COLOMBIA LTDA.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 007.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **OLIVIER FRANCOIS MARC ABERLIN** promoviese contra **PERENCO COLOMBIA LTDA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 01 de octubre de 2010 y el 18 de agosto de 2013, que su salario era la suma de \$89'132.000, Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de salarios, prima de servicios,

vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamento relevante de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** Nació en Francia el 12 de enero de 1973; **2)** Fue contratado por PERENCO FRANCE a partir del 10 de septiembre de 2007 como Director Financiero de Filial con una remuneración €67.200 más gastos, expensas, habitación y la de su familia, relacionadas con el ejercicio de la profesión en carácter de expatriado, lo que varía según el país y es revisable teniendo en cuenta la evolución de las condiciones particulares en cada uno de los lugares donde se desempeña; **3)** PERENCO FRANCE manifestó que podrían pagarse bonificaciones de mera liberalidad; **4)** El contrato de trabajo tenía una estipulación sobre el *ius variandi*, con el fin de que fuera reubicado en su puesto de trabajo en cualquiera de los establecimientos de comercio y Francia; **5)** El 01 de octubre de 2010 suscribió contrato de trabajo a término indefinido para la prestación de sus servicios como Representante Legal Suplente, señalándose como salario la suma de \$77'736.160 junto con el pago de valores no constitutivos de salario, tales como, servicios públicos de su lugar de habitación, pago mensual del colegio de sus hijos, bonificaciones ocasionales, y las devengadas por mera liberalidad; **6)** Se le podían asignar ocasionalmente labores distintas, sus labores eran en Bogotá pero con disponibilidad de hacerlo en otro lugar; **7)** En su condición de representante legal suplente asistió a diversas reuniones con Ecopetrol S.A., Hocol S.A., y Petrobras Colombia Ltd. **8)** No se le han pagado las acreencias laborales que reclama; **9)** La demandada pagó sus declaraciones de renta; **10)** En agosto de 2013 aceptó ser trasladado a Túnez, en donde le fue terminada su relación laboral el 07 de mayo de 2014; **11)** El 14 de agosto de 2014 solicitó el pago de sus acreencias laborales, las que se negaron mediante oficio del 29 del mismo mes y año; y **12)** Presentó demanda en Francia para reclamar daños y perjuicios por el despido abusivo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos:

PERENCO COLOMBIA LTDA. (fls. 65 a 84), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, sanción moratoria cuando se demanda después del mes 25 luego de la terminación del contrato, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe, y la innominada.

Aceptó la existencia de un contrato de trabajo del 01 de octubre de 2010 y el 18 de agosto de 2013; que pagó las declaraciones de renta del actor, y que negó la solicitud del 14 de agosto de 2014, mediante oficio del 29 del mismo mes y año. Negó los demás hechos.

Manifestó que hizo el pago de la totalidad de las acreencias laborales a favor del demandante, así como los aportes a seguridad social, por demás que éste gozaba de salario integral; que en la reclamación elevada por el actor no se precisa las acreencias laborales que pretendía, por lo que, no es dable tener que esta interrumpió el término prescriptivo; y que dentro de sus funciones como Gerente Financiero, el demandante podía ordenar el gasto, incluyendo el pago de salarios y prestaciones sociales.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia 11 de noviembre de 2021, a través de la cual dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre el actor y PERENCO COLOMBIA LIMITED S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de octubre de 2010 al 18 de agosto de 2013.

SEGUNDO: DECLARAR PARCIALMENTE probada la excepción de prescripción, inexistencia de la obligación, y pago propuesta por la demandada.

TERCERO: CONDENAR a PERENCO COLOMBIA LIMITED S.A a reconocer y pagar a favor del demandante, por concepto de vacaciones, la suma correspondiente a \$63.592.498, valor que se debe efectuar de manera indexada desde su causación y hasta el momento en que se verifique su pago.

CUARTO: CONDENAR a PERENCO COLOMBIA LIMITED S.A a reconocer y pagar favor del demandante, los aportes en seguridad social en pensiones, para lo cual el demandante aportará al Fondo de Pensiones de su preferencia, copia de éste fallo a fin de que esa entidad elabore el correspondiente cálculo que deberá hacerse desde el 10 de octubre de 2010 y hasta el 18 de agosto de 2013, para lo cual la entidad deberá tener en cuenta que no podrá exceder 25 salarios mínimos mensuales de conformidad con el Decreto 510 de 2003.

SEXTO (sic): ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandada por resultar vencida, fíjese como agencias en derecho la suma de 3 SMLMV.

Señaló la A Quo que está acreditado que entre las partes se celebró un contrato de trabajo el 10 de octubre de 2010 para desempeñar el cargo de Representante Legal Suplente, y un salario integral de \$77'736.160; que al reconocerse a favor del actor salario integral se entiende que se encuentra incluido el pago de prestaciones sociales, no siendo así con las vacaciones y los aportes a seguridad social; que no está demostrado el incremento anual sobre el salario aludido; que del certificado de ingresos y retenciones se acreditó el pago de los ingresos que percibió en calidad de empleado, en este caso, el salario integral; que no existe prueba del pago de vacaciones y aportes a pensión, no obstante, operó parcialmente sobre estas, la excepción de prescripción sobre las causadas con anterioridad al periodo de 2011, pues se demandó el 30 de agosto de 2016; que el I.B.C. de los aportes a pensión deben ser 25 salarios mínimos, pues este es el tope legal; que no hay lugar a sanción moratoria, como quiera que no se adeuda salarios ni prestaciones sociales; y que por lo anterior, se deben reconocer las vacaciones debidamente indexadas.

IV. APELACIÓN DE SENTENCIA.

PARTE ACTORA.

Expuso que la relación laboral inició el 01 de octubre de 2010, y no el 10 de octubre de 2010, como se mencionó reiteradamente en el fallo; que la fecha de terminación es el 18 de agosto de 2013, y no el 13 de agosto de 2013; que el salario aumentó anualmente en virtud del I.P.C., lo que fue reconocido en la contestación de la demanda, y puede deducirse del certificado de ingresos y retenciones; que de la prueba documental no se logra desprender el pago de salarios de forma total, pues este ascendía a \$77'000.000, y máximo se desprende el pago de \$12'000.000; que era carga de la demandada acreditar el pago de los salarios; que frente al certificado de ingresos y retenciones, se tiene que este documento no da cuenta de los pagos realizados por el empleador, pues fue éste mismo quien realizó dicha declaración y sólo por orden de su empleador efectuó el pago de tales valores, declarando lo que éste señalaba; que aunado a lo anterior, dicha certificación no cuenta con firma del actor con respaldo de lo recibido; que las demás documentales se trata de certificaciones expedidas por el mismo empleador, que no tienen firma de recibido del trabajador, por demás que en el mejor de los casos, correspondería a pagos parciales; que los certificados de ingresos y retenciones no constituyen prueba del pago de salarios, pues tienen un fin distinto a remunerar al trabajador, sólo implica que fueron declarados por el empleador, más no que se efectuó su pago; que las planillas a seguridad social no dan cuenta del pago de los aportes efectuados al actor, conforme su salario; que los anticipos allegados no son salario como tal, los que por demás no dan cuenta del pago total, por demás que en el contrato se pactaron pagos por mera liberalidad, de modo que se desconoce si se refieren al salario o a otro tipo de pago; que de las consignaciones, comprobantes, tabla de salario, no se extrae el pago total del salario; y que se debe

condenar por concepto de indemnización moratoria, pues no se pagó la totalidad de salarios debidos, no se pagaron oportunamente, circunstancia que por demás permite vislumbrar que hubo mala fe, pues se encuentra en cabeza del empleador el pago de sus salarios y prestaciones, y no del trabajador, no existe justificación de la buena fe.

PERENCO COLOMBIA LTDA.

Manifestó que existe temeridad de la demanda, se señala que no se han pagado salarios, prestaciones sociales, y vacaciones, durante toda la relación laboral, lo que atenta contra toda la sana crítica, pues resulta irrazonable que el actor como Gerente Financiero y Representante Legal no hubiera recibido ningún tipo de dinero; que frente a las vacaciones, se debe tener en cuenta que está acreditado su pago, como quiera que en el certificado de retenciones, acredita no sólo el pago ante el trabajador sino también ante la D.I.A.N., es oponible a terceros, tiene total validez, no fue tachado, y no existe ningún tipo de requerimiento de la D.I.A.N.; que de las declaraciones de renta se logra deducir el pago de salarios y vacaciones, pues a partir de 2011 existe un mayor valor que justamente responde al último concepto; que frente a los aportes a seguridad social el actor era un afiliado voluntario, por demás que de los testimonios y del interrogatorio de parte, se logra extraer que el actor era un expatriado que tenía cubrimiento de seguridad social en su país; que aunado a lo anterior, esos pagos aparecen en el expediente; que respecto de la indexación, no se debe reconocer pues no existe suma alguna que daba pagarse; y que no se puede pasar por alto la condición de Gerente Financiero, el encargado de aprobar la nómina, de efectuar el pago de impuestos, haber revisado su ingreso de retenciones, tener conocimiento de la información que se estaba declarando ante la D.I.A.N.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitieron los recursos de apelación y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si no aparece demostrado el pago de salarios vacaciones y aportes a seguridad social en pensiones a favor del trabajador demandante, y si hay lugar a indemnización moratoria.

ACREENCIAS LABORALES A FAVOR DE UN TRABAJADOR CON LA CONDICIÓN DE GERENTE FINANCIERO

Con respecto al pago de acreencias laborales, como lo es el salario, sabido es que una vez se encuentra acreditado un contrato de trabajo, le corresponde al empleador demostrar que efectuó el aludido pago de acreencias laborales, pues es en éste quien recae dicha obligación. Al respecto, el inciso 2° del artículo 225 del C.G.P, dispone:

“Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido

imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”.

No obstante, cuando se está frente a una persona que ostenta la condición de gerente, no puede pasarse por alto que en SL2265-2018, la H. Corte Suprema de Justicia, llamó la atención en cuanto a que, en tal condición no es dable suponer paralelismo e independencia de los nexos, sino más bien lo contrario, dado que el cumplimiento de las obligaciones laborales del gerente enganchado laboralmente, comportan en gran medida la ejecución de actos propios de la gerencia o de la representación, que son consustanciales a la naturaleza del empleo. En esa oportunidad dijo la Corte:

“Esta sala de la Corte ha reconocido esta regla en anteriores oportunidades en las que, por ejemplo, ha precisado que la decisión de una empresa respecto de un gerente, en su rol de mandatario, lo impacta también como trabajador. En la sentencia CSJ SL, 16 mar. 1995, rad. 6799 se dijo al respecto:

Acerca de estas cuestiones, observa la sala ante todo que la concurrencia del contrato de trabajo con otros que se celebren entre las mismas personas, no supone el paralelismo e independencia de los nexos, sino más bien lo contrario, dado que lo usual es que el desarrollo del contrato de trabajo involucre el desenvolvimiento sincrónico e interdependiente de los otros vínculos. Ello suele acontecer particularmente en relación al ejercicio de la gerencia de una empresa, dado que el cumplimiento de las obligaciones laborales del gerente enganchado laboralmente, comportan en gran medida la ejecución de actos propios de la gerencia o de la representación, que son consustanciales a la naturaleza del empleo (...).”

En igual sentido, en la sentencia SL845-2021 se señaló:

“En tal dirección, era razonable colegir, como lo hizo el ad quem, que el mismo órgano directivo con intervención activa del accionante, poseía facultades administrativas concernientes a la gestión de los salarios, de modo que a él también le cabía responsabilidad en la omisión en el pago de sus salarios de julio, agosto y septiembre de 2012. Ello, por cuanto la junta de socios, de la que hacía parte el actor, poseía la potestad de incidir en la administración de los contratos de trabajo, al punto de que podían fijar y modificar libremente los salarios.

En consecuencia, **la Sala no advierte un error manifiesto de hecho en la conclusión del ad quem, según la cual, la mala fe que alega el accionante no puede predicarse respecto de la empresa empleadora cuando, como en este caso, el actor en su doble calidad de socio y trabajador, contaba con**

potestades administrativas y societarias, que concomitantemente le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad (puntualmente participar en las deliberaciones de su salario) y en la administración de la empresa; por tanto, la responsabilidad derivada de la omisión en el pago de su remuneración, también le era atribuible". (Negrillas por la Sala).

Del mismo modo, no sobra recordar, que conforme al artículo 61 del C.P.T. y de la S.S, **el juez está facultado para formar libremente su convencimiento, siempre y cuando el mismo sea razonable y este acorde a la sana crítica**, de manera que el entendimiento de los medios probatorios se deben tornar lógico y consecuente con la evidencia. En ese sentido, en la providencia SL854-2019, que reitero lo sostenido en la sentencia SL6383-2015, se expresó:

“En múltiples oportunidades ha sostenido la Sala que el juzgador tiene la facultad de dar mayor credibilidad a unos medios que a otros, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantian actus, y de esa manera se ha respetado la valoración que aquellos hacen y que no es contraevidente; así se ha explicado entre otros en providencia CSJ SL2092/2014.

No obsta recordar que para que proceda el quebrantamiento de la decisión con la que culmina la instancia debe demostrarse que los pilares sobre los que aquella se soportó fueron equivocados, así se ha dicho:

La Sala ha reiterado que cuando el ataque se endereza por la vía de los hechos, no es cualquier desatino del juzgador el que da al traste con su proveído, sino únicamente aquél que tenga la connotación de “manifiesto”. Ese carácter surge frente a transgresiones fácticas patentes, provenientes de desaguizados en el examen de los elementos de juicio que conforman el haz probatorio, ya bien por haberlos apreciado equivocadamente o por no contemplarlos.

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia o está acreditado en juicio lo siguiente: **i)** El actor prestó sus servicios mediante contrato de trabajo a término indefinido como Representante Legal Suplente y Gerente Financiero del 01 de octubre de 2010 al 18 de agosto de 2013 con un pacto escrito de salario integral de \$77'136.160 (fls. 138 y CDI Colombia OA (2) obrante en la carpeta memoriales/Olivier Arbelin); **ii)** El demandante estaba afiliado al

sistema de seguridad social en salud, A.R.L. y compensación familiar (fls. 89 a 98); y gozaba de una protección pensional según se desprende de los documentos obrantes en el correo electrónico “documentos traducidos” obrante en la carpeta memoriales, comprobante de pago de 2012 y 2013; **iii)** A favor del demandante se pagaron diversos anticipos que eran requeridos por él (fls. 99 a 135); **iv)** El 14 de agosto de 2014, el demandante solicitó el pago de sus acreencias laborales, pero se negó tal requerimiento el 29 del mismo mes y año (fls.8 a 11).

Adicional a la prueba obrante a folios 4 a 10, 85 a 146, y la carpeta de memoriales comparecieron en calidad de testigos los señores **Rodrigo Mosquera Walteros y Karellys María Pantoja Cuellar** quienes señalaron:

Rodrigo Mosquera Walteros afirmó que laboró para PERENCO COLOMBIA LTDA.; que el actor era el Gerente Financiero y el declarante estaba en el área de cuentas por pagar; que el actor era su superior; que al actor se le hacían los pagos de salarios, los que en muchas ocasiones los solicitaba a recursos humanos como anticipos; que los anticipos los pedía el actor directamente por medio de un correo, y de ahí pasaban a tesorería para realizar el pago; que la nómina la aprobaba el Gerente Financiero; que hacían dos archivos, uno, para trabajadores, y otro, para expatriados; que el Gerente Financiero era el demandante; que para verificar que se realizaron los aportes a seguridad social del demandante se miraban las planillas; que los pagos que se le hacían al demandante en Colombia, se hacían cuando Oliver los solicitaba mediante un correo; que sólo conoce los pagos que se le efectuaban al demandante de manera anticipada, los otros pagos, los de nómina, los manejaba recursos humanos; que en la certificación de ingresos y retenciones se plasmaba la totalidad de pagos que realizaba PERENCO COLOMBIA LTDA. a los trabajadores; que el procedimiento para emitir dicho certificado, era que se sacaba directamente del sistema, de los pagos que se realizaban a cada

una de las personas que trabajan ahí, y el sistema decía por cuanto se le había pagado el salario a la persona, así mismo, la información de las prestaciones y de las respectivas retenciones, que el sistema registraba contablemente la nómina que se enviaba por recursos humanos, ahí pasaba a tesorería y se hacían los pagos; y que los certificados de ingresos y retenciones acreditaban el pago total al año que se hacía al trabajador de salarios, anticipos y demás.

Por su parte, **Karellys María Pantoja Cuellar** explicó que el contrato de trabajo del demandante se terminó por mutuo acuerdo porque éste iba a prestar sus servicios en otro país; que el actor se vinculó con PERENCO COLOMBIA LTDA. por medio de un contrato de trabajo a término indefinido; que su jefe (el de la declarante) era el actor, pues el Departamento Legal dependía del Departamento Financiero; que el alcance que se tenía como Departamento Legal frente a los expatriados era lo referente al pago de ingresos, los certificados de ingresos y retenciones, así como las explicaciones a los socios de los costos o gastos que se generaban; que el actor tuvo un contrato a término indefinido; que no estaba dentro de sus funciones el pago de salarios, ya que estas radicaban en las explicaciones que se debían hacer a los socios sobre las condiciones de expatriados y mirar el tema de los certificados de ingresos y retenciones; que no se mencionaron incumplimientos que se estuvieran dando frente a los expatriados; y que no conoció queja del demandante por concepto de salarios.

Pues bien. Al respecto, encuentra la Sala que el accionante desempeñaba un cargo de dirección dentro de la empresa demandada, pues fue su Representante Legal Suplente, así como su Gerente Financiero.

Ahora, a folios 137 a 141 obra la organización y funciones del Departamento Financiero, en donde se encuentra que el cargo de más alta denominación y nivel jerárquico, es el de Gerente

Financiero, evidenciándose que el personal que tenía a su cargo realizaba funciones, tales como: control del proceso contable; consolidación de la información necesaria para preparación de estados financieros; verificación de la elaboración y preparación de informes a entidades de control fiscal y contable; verificación del cumplimiento de las obligaciones a nivel de impuestos nacionales, departamentales, y municipales; y contabilizaciones de ingresos que se reportaban a la D.I.A.N.

De esta manera, para la Sala es claro que el accionante tenía injerencia en el proceso contable de la empresa, pues dentro de las funciones del Departamento Financiero que estaba a su cargo, se efectuaba un control de los estados financieros, se estaba al tanto de la elaboración y preparación de informes a entidades de control fiscal, contable, y a nivel de impuestos nacionales, departamentales, y municipales, así como se verificaban los ingresos que se reportaban a la D.I.A.N., por lo que, en tal sentido los certificados de ingresos y retenciones del demandante, si bien eran efectuados por el empleador, primigeniamente pasaban por el mismo actor, y este tenía injerencia en su elaboración; por tanto, considera la Sala que no resulta de recibo que ahora el actor señale que lo que se estableció en tal documental no es conteste con la realidad, ni mucho menos que se efectuaban de esa manera en virtud del poder subordinante de su empleador, ya que, el accionante en el ejercicio de tal función era quien ostentaba el cargo de mayor jerarquía, y en tales condiciones era representante de tal empleador.

Sobre el tópico, se rememora que en sentencia del 30 de noviembre de 2010, rad. 39143, reiterada en la aludida sentencia SL2265-2018, se estableció frente a actos que celebra una persona que ostenta el cargo de Gerente, que no resulta razonable efectúe actos en representación del empleador que posteriormente utilizará en contra de éste. En esa oportunidad dijo la Corte:

“En verdad, el razonamiento del Tribunal no se basó en la existencia o no del contrato laboral, sino en su duración y **en la viabilidad ética y jurídica de que el actor, a pesar de ser gerente de la sociedad demandada, suscribiera un contrato laboral a término fijo, ostentando la doble condición de representante legal y trabajador**, cuestión en la que nada incide la concurrencia de los contratos de trabajo y de sociedad.

Para ese fallador, “...no puede aceptarse que una misma persona se concentren las facultades para obligarse como persona natural al servicio del ente jurídico demandado y a su vez para obligar a la misma sociedad, pues tal situación contempla en sí una incompatibilidad de proceder”. Dijo, además, que, para garantizar la transparencia, quien debió suscribir el contrato en representación de la sociedad fue su subgerente, quien tenía las mismas facultades del gerente y remató esa argumentación señalando: **“No es aceptable tolerar que el demandante en forma unilateral estipule en el contrato de trabajo a término indefinido unas condiciones legales especiales que posteriormente utilizará en contra de la empleadora, desconociendo abiertamente las condiciones que comportan un acto jurídico, como lo es el acuerdo de voluntades de dos o más partes, pues, para el caso de autos, solo existió una parte, el señor HECTOR ALIRIO MATEUS VÁSQUEZ”.**

De esta manera, para la Sala los certificados de ingresos y retenciones gozan de credibilidad, y sirven para acreditar el pago de salario, más aún si se tiene en cuenta que conforme al dicho de los testigos Rodrigo Mosquera Walteros y Karellys María Pantoja Cuellar, el actor también tenía injerencia en la nómina, pues era el Gerente Financiero quien efectuaba su aprobación, inclusive solicitando anticipos del mismo, de lo que obra prueba documental, ya que existen correos electrónicos del actor y consignaciones efectuadas a su nombre, tal y como se puede desprender de los folios 99 a 135.

Así las cosas, y dado que las certificaciones de ingresos y retenciones de folios 85 a 89, dan cuenta que los salarios pagados por parte de PERENCO COLOMBIA LTDA. a favor del demandante son los siguientes: 2010, \$233'208.000; 2011, \$979'476.000; 2012, \$1.018'655.000; y 2013, \$623'926.000; por lo que, se encuentra acreditado su pago, pues conforme al salario acreditado, \$77'736.160 se debió pagar los siguientes valores: del 01 de octubre al 31 de diciembre de **2010**, \$233'208.480, valor similar al que informa la empresa pagó al actor; para **2011 y**

2012 se debieron pagar \$932'833.920; y para **2013**, \$544'153.120.

En todo caso, y en gracia de discusión, si se tuvieran en cuenta los salarios señalados en los hechos 25 a 27 para los años 2011 a 2013, se arribaría a igual conclusión, pues el salario expuesto en el hecho 25 de la demanda, \$81'622.698, arrojaría que se debió pagar la suma de \$979'472.376, valor similar al que informa la empresa pagó al actor; para **2012** con el salario expuesto en el hecho 26 de la demanda, \$84'887.887, se debió pagar la suma de \$1.018'654.644, valor similar al que informa la empresa pagó al actor; y para **2013** se debió pagar con el salario expuesto en el hecho 27 de la demanda, \$89'132.000, la suma de \$623'924.000, valor similar al que informa la empresa que pagó al actor.

Finalmente, no es dable considerar que el salario tuvo incrementos mayores a los señalados, por demás que no es posible aducir que se incrementaron anualmente conforme al I.P.C., pues la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en lo que atañe a los incrementos salariales superiores al salario mínimo, ha establecido de tiempo atrás que son las mismas partes, bien individualmente, ora de forma colectiva, las llamadas a convenir tales aumentos, pues no existe en el ordenamiento jurídico una norma que obligue o faculte al juez disponer sobre ello, como sí la hay para el salario mínimo, artículo 148 del C.S.T. En sentencia del 13 de marzo de 2001, rad. 15405.

“[...] No obstante la realidad de lo afirmado, no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un periodo de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata.

En efecto, no existe en la legislación laboral norma que así se lo permita y, como lo destacara el fallador de segundo grado, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la

remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la ley la regulación de, entre otros, dicho principio. Además el propio Ordenamiento Superior en el artículo 230 fue el que le impuso a los jueces la obligación de, en sus providencias, estar sometidos al imperio de la ley.

Lo ideal, cuando se persigue un aumento salarial, sin que se trate del mínimo, con base en el Índice de Precios al Consumidor, es que empleador y trabajadores se reúnan y a través de la discusión, en que cada una de las partes exponga sus razones, se negocie o se concerte, para que finalmente ello se logre, obviamente sin la presencia del juez, porque aquí no se trata de un conflicto de orden jurídico, de los que prevé el artículo 1° de la Ley 362 de 1997 que modificó el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, sino uno de carácter económico excluido expresamente del conocimiento de la jurisdicción laboral por el artículo 3° ibidem.

La anterior posición ha sido reiterada, entre muchas otras, en las sentencias del 10 de marzo de 2009, rad. 33387, 01 de marzo de 2011, rad. 36058, SL7384-2014, SL16925-2014, SL8079-2015, SL8683-2015 y SL43227-2016.

De esta manera, para la Sala es claro que se acreditó el pago del salario, así como de las prestaciones sociales, recuérdese que se está frente a un salario integral, por manera que, el único concepto que sería doble reconocer sería las **vacaciones**, al no ostentar esta acreencia laboral la connotación de prestación social.

Por ello no resulta posible acoger la tesis del apoderado de la demandada, quien indica que dentro de los aludidos certificados de ingresos y retenciones se encuentran los valores pagados por conceptos de vacaciones, como quiera que, únicamente dan cuenta de “salarios”, y dentro de los demás conceptos se encuentra el de “otros ingresos como empleado”, casilla en la que se entendería se podía informar el pago de tales acreencias.

Por otra parte, y dado que únicamente se condenó por las vacaciones de 2012 y 2013, la Sala verificó los documentos obrantes en el correo electrónico “documentos traducidos” obrante en la carpeta “memoriales”, encontrando allí evidencia

de un comprobante de pagos por dichos periodos, no obstante, se observa que se pagaron por concepto de “salario vacaciones”, sin que sea dable deducir fehacientemente cuánto se pagó por vacaciones, por demás que dichos valores, atendiendo al salario pactado, no son suficientemente considerables para determinar que se incluyen ambos, pues apenas dan cuenta del pago de €236,21 al 29 de febrero de 2012, lo que equivale para tal fecha a \$558.596,49 (tasa representativa del mercado del euro a dicha fecha:\$2.364,83) y €451,61 al 31 de marzo de 2013, lo que equivale a las sumas de \$1'062.516,39 (tasa representativa del mercado del euro a \$2.352,73).

En lo referente a los **aportes a la seguridad social** en pensiones, a folios 89 a 98, se evidencia el pago de seguridad social integral apareciendo el concepto de pensiones en \$0, no siendo así con salud y riesgos laboral, por lo que, a efectos de dilucidar el punto en controversia conviene recordar que desde la promulgación del sistema general de pensiones, se previó la existencia de dos categorías de afiliados, unos, cuya vinculación al mismo era obligatoria y, otros, que, no teniendo esta condición, voluntariamente, quisieran optar por su pertenencia al mismo.

Al respecto, el Decreto 692 de 1994, en su artículo 9 numeral 1°, indica que serán afiliados obligatorios, los nacionales o extranjeros vinculados mediante contrato de trabajo, pero también el literal b) numeral 2° expresamente dijo:

“Artículo 9°. Afiliaciones obligatorias y voluntarias. A partir del 1° de abril de 1994, serán afiliados al sistema general de pensiones:

[...] 2. En forma voluntaria:

a) Los trabajadores independientes...

b) Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.”

La anterior directriz fue plasmada de manera más clara en el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, cuando al modificar el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, señaló:

“ARTÍCULO 15.- Modificado por el art. 3, Ley 797 de 2003 Afiliados. Serán afiliados al sistema general de pensiones:

(...) 2. En forma voluntaria:

(...) Los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o de cualquier otro.”

De esta manera, el legislador consagró una excepción a la regla de la obligatoriedad de afiliación cuando se está frente a un extranjero, pues si aquel ya tiene cubiertos los riesgos de I.V.M., su empleador esta exonerado de afiliarlo al sistema, a menos que de forma libre y voluntaria, aquel se lo solicite.

Igualmente, de la sentencia de la H. Corte Constitucional C-027-2009, es dable establecer que no existe discriminación alguna en relación con la afiliación de los trabajadores extranjeros al sistema integral de seguridad social en Colombia, ya que, se garantiza la complementariedad entre los sistemas pensionales de los diferentes países del mundo, pues éstos son sujetos activos del sistema pensional, ya sea bajo la condición de obligatorio o voluntario.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5126-2020 sostuvo:

“Valga la pena destacar que el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, al que acudió el fallador, era la regla vigente, en materia de afiliaciones al Sistema Integral de Seguridad Social, al momento en que se suscribió el contrato de trabajo entre las partes, que como se reitera, lo fue el 9 de diciembre de 2005.

De la norma en mención, a no dudarlo, dimana que el legislador consagró una excepción a la regla de la obligatoriedad de afiliación cuando de un extranjero se trata, pues si aquel ya tiene cubiertos los riesgos de I.V.M., su empleador esta exonerado de afiliarlo al sistema, a menos que de forma libre y voluntaria, aquel se lo solicite.

No obstante lo anterior, es preciso señalar que no se desconoce el carácter universal del derecho a la seguridad social, ni el hecho de ser un servicio público de carácter obligatorio, por el contrario, la postura legal resulta coherente con los principios, objetivos y fines consagrados tanto en los instrumentos internacionales, como en nuestra Constitución Política, la Ley 100 de 1993 y las demás normas que la reglamentaron, en tanto sí se garantiza a todos los trabajadores, independientemente de su origen, o procedencia, el camino para construir la senda de cotizaciones que les permita acceder a una prestación pensional.

De otro lado, dando una mirada a la sentencia de la Corte Constitucional CC C-027-2009, en la que si bien se declaró inhibida para fallar sobre el inciso 2 del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 3 de la Ley 797 de 2003, por ineptitud sustantiva de la demanda, en lo relacionado con la afiliación de los trabajadores extranjeros, se puede inferir, que tampoco existe discriminación alguna en relación con la afiliación de los trabajadores extranjeros al Sistema Integral de Seguridad Social en Colombia, por el contrario, se garantiza la complementariedad entre los sistemas pensionales de los diferentes países del mundo, pues la nuestra, se itera, sí los considera como sujetos activos del sistema pensional (ya sea bajo la condición de obligatorio o voluntario).

Colombia ha celebrado diferentes convenios internacionales de seguridad social en materia de pensiones y ha consagrado en los mismos los llamados «traslados temporales», en los cuales se establece un periodo bajo el cual el trabajador conserva la cobertura pensional de su lugar de origen, caso en el que el empleador a través del organismo enlace del país respectivo, deberá solicitar la expedición del certificado de legislación aplicable.

(...) Por último, y no siendo un tema menor, se reitera que el derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable, y como tal es aplicable a todos los sujetos propios de la seguridad social, y en asunto pensional se materializa en dos vías: i) la posibilidad a todas las personas naturales de acceso al sistema a través de la afiliación, que como se dejó anteriormente sentado, puede ser de manera obligatoria o voluntaria, último caso en que le son aplicables todas las disposiciones del sistema pensional; y ii) a través de la cobertura en cabeza de todos sus afiliados, de los diferentes riesgos amparados por el mismo, claro está, previo el cumplimiento de los requisitos para acceso a las prestaciones.

En el caso bajo estudio lo que quedó sentado es que el actor en su calidad de extranjero tenía cobertura en su país de origen, razón por la cual optó, tal como lo permite la norma, por no incorporarse como afiliado voluntario dentro del SGP en Colombia, lo que lleva como consecuencia que no haya afectación al derecho irrenunciable a la seguridad social en materia pensional, pues teniendo la opción de afiliación voluntaria, prefirió continuar bajo la cobertura exclusivamente del sistema pensional de su país de origen”.

Bajo estas precisiones, considera la Sala que es dable tener al demandante como afiliado voluntario al ostentar la calidad de extranjero, y evidenciarse que en los documentos obrantes en el correo electrónico “documentos traducidos” obrante en la carpeta memoriales, en los aludidos comprobante de pagos de 2012 y 2013, se constata que en efecto el actor cuenta con protección pensional, lo que resulta conteste con su interrogatorio de parte, en donde manifestó frente a la pregunta, *“diga cómo es cierto sí o no ¿qué PERENCO COLOMBIA LTDA. le pagó la totalidad de pagos de los aportes a la seguridad social?, RTA. claro que sí”*.

Por tanto, se **REVOCARÁ el numeral cuarto** de la sentencia para en su lugar, ABSOLVER a la demandada de la pretensión del reconocimiento de aportes a seguridad social en pensiones, máxime si se tiene en cuenta que ni siquiera fue objeto de pretensión de la demanda el reconocimiento de dichos aportes, y tal circunstancia no fue objeto de mención en los hechos de la demanda.

Finalmente, en cuanto a la **indemnización moratoria**, no es mucho lo que hay que agregar al fallo de la primera instancia al estar ajustada a derecho su conclusión frente al punto, bastando con señalar que la única condena que debe imponerse en el asunto es la relativa a las vacaciones, por lo que, no resulta procedente imponer moratoria por dicho emolumento, pues conforme al artículo 65 del C.S.T., sólo es dable su reconocimiento ante la falta de pago de salarios y prestaciones sociales; siendo en tal sentido viable la **indexación** de tal acreencia laboral tal como lo sentenció el A Quo, pues se ha visto sometido a la pérdida del poder adquisitivo del dinero por la depreciación monetaria.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2016-00424 -02
Demandante: **OLIVIER FRANCOIS MARC ABERLIN.**
Demandado: **PERENCO COLOMBIA LTDA.**

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **REVOCAR el numeral cuarto** de la sentencia. En su lugar, se **ABSUELVE** a PERENCO COLOMBIA LTDA. del reconocimiento y pago de aportes a seguridad social en pensiones.

SEGUNDO - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

TERCERO - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2016-00424 -02

Demandante: **OLIVIER FRANCOIS MARC ABERLIN.**

Demandado: **PERENCO COLOMBIA LTDA.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO