REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 13-2019-00384-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JULIO CESAR AREVALO CORREDOR**
DEMANDADO: **CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL**
RAUL VELÁSQUEZ
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE P.H. presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 9 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JULIO CESAR AREVALO CORREDOR, instauró demanda ordinaria laboral contra CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PH y en contra el señor RAUL VELÁSQUEZ, debidamente sustentada como aparece de folio 67 y 68 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se declare que entre el demandante y los demandaos, existió un contrato de trabajo a término indefinido que permaneció entre el 1° de febrero de 2012 y el 30 de agosto de 2017.
2. Se declare que el mencionado contrato de trabajo fue terminado sin justa causa.
3. Se declare que los demandado, incumplieron con sus obligaciones contractuales y legales con el actor, al no realizar el pago de las prestaciones sociales.
4. Se declare que los demandados no cancelaron al actor, los recargos por días de trabajo dominicales y festivos, durante la relación laboral.
5. Se declare que los demandados no pagaron las dotaciones de calzado y overoles que por ley debía recibir el demandante, durante los últimos tres años de servicio.
6. Se declare que los demandados obraron de mala fe, al no reconocer la existencia del contrato de trabajo y pagar las prestaciones sociales al demandante.
7. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a los demandados a reconocer y cancelar al demandante los siguientes derechos laborales:
   a. Indemnización por despido sin justa causa.
   b. El pago del auxilio a la cesantía durante la relación laboral.
   c. Los intereses a las cesantía con la sanción por el no pago.
   d. Pago de las horas extras, dominicales y festivos generadas durante la relación laboral.
   e. El pago del auxilio de transporte durante la relación laboral.
   f. La indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el no pago del auxilio a la cesantía completa durante la relación laboral.
   g. Las primas de servicio causadas durante la relación laboral, teniendo en cuenta el salario variable, como son horas extras, festivos y dominicales.
   h. Las vacaciones causadas durante la relación laboral.
   i. Los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud y pensiones conforme el salario devengado.
   j. La indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del CST, por el no pago completo de las prestaciones sociales que se reclaman a partir de la terminación del contrato de trabajo.
   k. La indemnización por el no pago de las dotaciones de calzado y overol.
   l. La indexación, aplicado al momento de las condenas pretendidas, que admitan esa figura jurídica.
   m. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

El señor **RAUL VELÁSQUEZ**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia de folio 81 a 159 y 161 a 162, conforme auto que data del 27 de noviembre de 2019 (fl. 149).

Mediante auto del 23 de octubre de 2019, se dio por NO contestada la demanda por parte de **CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL** (fl 160).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 13° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** que entre el demandante JULIO CESAR ARÉVALO CORREDOR y el demandado RAUL VELÁSQUEZ, existió un contrato de trabajo a término fijo de tres meses, desempeñando el cargo de vigilante, el cual inició el 1° de marzo de 2013 y finalizó el 31 de agosto de 2017, sin justa causa por parte del empleador, devengando el SMLMV para cada anualidad.

CONDENÓ al demandado RAUL VELÁSQUEZ a pagar al actor, las siguientes sumas de dinero:

- **a.** Por concepto de CESANTÍAS por todo el tiempo laborado la suma de $3.270.743.
- **b.** Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS por todo el tiempo laborado la suma de $359.600.
- **c.** Por concepto de sanción por no pago de los intereses a las cesantías, la suma de $359.600.
- **d.** Por concepto de SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS, la suma de $30.157.260.
- **e.** Por PRIMA DE SERVICIOS, por todo el tiempo laborado la suma de $3.270.743.
- **f.** Por VACACIONES, la suma de $1.659.863, suma que debe ser indexada al momento del pago.
- **g.** Por INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO la suma de $4.426.302.
- **h.** Por INDEMNIZACIÓN MORATORIA, la suma de $24.591 diarios, a partir del 1° de septiembre de 2017 y hasta que se cancele lo correspondiente a las prestaciones sociales.

CONDENÓ al demandado RAUL VELÁSQUEZ, a pagar en favor del actor, a la administradora de PENSIONES que designe o que se encuentre afiliado, el valor que esa entidad liquide para pagar las cotizaciones a pensiones, con sus correspondientes intereses o cálculo actuarial, generados entre el 1° de marzo de 2013 al 31 de julio de 2014, sobre un IBC que corresponde al SMLMV para los años 2013 y 2014.

ABSOLVIÓ al demandado RAUL VELÁSQUEZ de las demás pretensiones elevadas en su contra por el actor.

ABSOLVIÓ al demandado CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE – PH, de las pretensiones elevadas en su contra por parte del demandante.

DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones propuestas por el señor RAUL VELÁSQUEZ.

CONDENÓ en costas al demandado RAUL VEÁLSQUEZ incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de modificar la sentencia, en los siguientes términos:

1. **SOLIDARIDAD**: Señala que lo que en verdad existió fue un contrato de trabajo con el CONJUNTO CAMINO VERDE PH, teniendo en cuenta que la realidad debe primar sobre las formas, pues lo que se pretendía era que pareciera que el contrato se había suscrito con el demandado RAUL VELÁSQUEZ, y que éste pareciera el verdadero empleador, sin embargo, el verdadero empleador es el conjunto demandado.
   No obstante lo anterior, si bien se declaró el contrato de trabajo con el señor RAUL VELÁSQUEZ, no impedía estudiar la solidaridad, que bien se solicitó en la demanda, conforme los lineamientos del artículo 36 del CST.

2. **CONFESIÓN FICTA**: Señala que si bien se declaró la confesión ficta en la primera audiencia de trámite, y se indico que se trasladaría a los demandados la carga probatoria para desvirtuar esa confesión ficta, lo que realmente sucedió fue trasladar la prueba al demandante, en tanto que además de que se declara la confesión, el demandante tenía que seguir insistiendo en la carga probatoria, cuando en realidad lo que debió hacerse, era trasladar la carga probatoria a los demandados, sin que alguno de los dos hiciera el mínimo esfuerzo por demostrar todos los hechos que fueron

declarados confesos, por lo que se equivocó al seguir exigiéndole al actor que siguiera probando los hechos que ya había declarado confeso.

3. **SALARIO**: Solicita se modifique la declaratoria de un salario mínimo, como quiera que en el expediente reposan comprobantes de pago que acreditan que el salario que el actor devengaba, aunado a la confesión ficta que declaró el juzgado puede declarar el salario que devengó el demandante que es superior al SMLMV, y de acuerdo a eso, debió liquidarse todas las prestaciones, e indemnizaciones que liquidó el Juzgado de instancia.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar **1.** Sí entre el señor JULIO CESAR AREVALO CORREDOR y el CONJUNTO RESIDENCIAL existió una verdadera relación laboral, como lo pretende el apelante. **2.** Si procede re-liquidar el pago de las acreencias laborales a favor del demandante, teniendo en cuenta el verdadero salario del actor. **3.** Responsabilidad solidaria.

EXISTENCIA DE LA RELACION LABORAL:

Declaró el Juzgado de instancia la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante JULIO CESAR ARÉVALO CORREDOR y el demandado RAUL VELÁSQUEZ, mediante un contrato de trabajo a término fijo de tres meses, desempeñando el cargo de vigilante, el cual inició el 1° de marzo de 2013 y finalizó el 31 de agosto de 2017.

Mereció reparo la anterior decisión al apoderado del demandante, en atención a que de conformidad con la confesión ficta declarada por el Juez en la primera audiencia de trámite, lo que en verdad existió fue un contrato de trabajo con el CONJUNTO CAMINO VERDE PH, teniendo en cuenta que la realidad debe primar sobre las formas, pues lo que se pretendía era que pareciera que el contrato se había suscrito con el demandado RAUL VELÁSQUEZ, y que éste pareciera el verdadero empleador, sin embargo, el verdadero empleador es el conjunto demandado.

En ese orden, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre el señor JULIO CESAR AREVALO CORREDOR y el CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante y el señor RAUL VELÁSQUEZ.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración ".*

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la "*situación real* " en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la "situación formal " o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Así las cosas, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio, quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos demostrativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo. (SL3396-2018, radicación n.° 54373 del 15 de agosto de 2018)

Bajo este entendido, y descendiendo al *sub lite* observa la Sala que la demandante afirma haber prestado sus servicios personales y subordinados a favor del demandado RAUL VELÁSQUEZ.

Ahora bien, revisada la documental allegada se advierte en el plano formal reposa contrato de trabajo a término fijo de tres (3) meses, con fecha de inicio 1º de marzo de 2013 suscrito entre el demandante en calidad de trabajador, y el señor RAUL VELÁSQUEZ, en calidad de empleador con el objeto de desempeñar el cargo de VIGILANTE, sin que se especifique el lugar donde desempeñaría sus funciones (fls. 90 a 94).

Por otro lado, a folio 20 certificación expedida por el CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL, del 2 de noviembre de 2018, mediante el cual certifica que el actor laboró durante un periodo de cinco años y siete meses, vinculado con la empresa SEGURIDAD & CELADURIA SAS, quien es calidad de contratista prestó servicio para el conjunto demandado, sin que precisen extremos de dicha vinculación laboral.

A folio 27 reposa certificación expedida por el demandado RAUL VELÁSQUEZ, quien indica que el actor laboró desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 31 de agosto de 2017, desempeñándose como vigilante portero.

Por otro lado, a folios 29 a 31 y 37 a 38 obra listado de turnos nocturnos, sin que se tenga certeza donde laboró dichos turnos. A folios 39 a 43 y 50 a 62 obran volantes de nómina cancelados al demandante por parte de la empresa “SCRV SEGURIDAD & CELADURIA SAS” para los periodos noviembre 2015, marzo 2016, febrero 2016, mayo 2016 y abril 2016.

Reposa a folio 44 aviso de terminación del contrato en el que le informa el señor RAUL VELÁSQUEZ en calidad de “Representante Legal” que el contrato de trabajo que tiene suscrito el actor con el cargo de Servicios de Portería re corredor con RAUL VELÁSQUEZ, empresa que ofrece servicios en: Servicios generales y portería al CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE ETAPA 1, se dará por terminado hasta el día 31 de agosto de 2017.

A folio 45 acta de no conciliación calendada el 30 de octubre de 2017, suscrita ante el Ministerio del Trabajo por el demandante y el señor RAUL VELÁSQUEZ, en calidad de representante legal de la empresa SERVICIOS DE SEGURIDAD Y CELADURÍA R&V, respecto de la cual no se logra configurar confesión alguna respecto de la relación laboral que se pretende se declare, conforme los lineamientos de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL102 de 2020.

A folios 157 y 158 obra documental expedida por SCRV SEGURIDAD & CELADURÍA SAS, suscrita por el señor RAUL VELÁSQUEZ, pero ahora en calidad de Gerente, llamados de atención al demandante, el primero de ellos por el incumplimiento en las funciones establecidas en el contrato de trabajo, relacionado con la no realización del recorrido varias veces en la noche en el conjunto demandado; y el segundo de ellos, por haber fumado en reiteradas ocasiones en horario laboral.

Ahora bien, se recibió el interrogatorio de parte del demandante, quien confirmó los hechos sustento de la demanda, en atención que indicó que la prestación del servicio fue a través de la empresa de Seguridad y Celaduría, cuyo representante legal obedecía al demandado RAÚL VELÁSQUEZ, el cual, en calidad de contratista, prestó los servicios al conjunto demandado. No obstante, indicó haber pactado de forma verbal con el demandado RAUL VELÁSQUEZ un contrato de trabajo, con el fin de trabajar como vigilante en el conjunto demandado, precisando que los turnos eran asignados por el señor VELÁSQUEZ, quien igualmente era quien le cancelaba su salario, otorgaba permisos, designaba los reemplazos en caso de enfermedad, y quien le realizaba los llamados de atención, de conformidad con la documental visible a folios 157 y 158 del plenario.

Prestación del servicio que igualmente fue confirmada por el testigo LUIS EDUARDO VÁZQUEZ PAVA, el cual indicó vivía en la Propiedad Horizontal

demandada y dijo que conocía el accionante porque laboró directamente con Raúl Velásquez en el conjunto, quien era el encargado de la seguridad, situación que igualmente fue reiterada por el representante legal del conjunto demandado, el señor Hernando Castro Sierra, en la declaración de parte que rindió ante el juzgado de primera instancia, en donde manifestó conocer al demandante, porque prestó sus servicios al conjunto a través de la empresa del señor Raúl Velázquez desde el 01 de marzo del 2013 al 31 de agosto de 2017.

Ahora bien, obra a folios 185 vuelto a 186 certificado de existencia y representación de la sociedad SEGURIDAD & CELADURÍA SAS con el NIT 900.417.307-1, el cual da cuenta que ésta sociedad esta liquidada desde el 30 de noviembre de 2015, sociedad con la que eventualmente suscribió el contrato de trabajo a término fijo el actor.

No obstante lo anterior, se observa conforme el reporte de historia laboral expedida por Colpensiones, visible a folio 188 del expediente que, con anterioridad al 30 de noviembre de 2015, fecha en que se encontraba vigente la anterior sociedad, el demandado RAUL VELÁSQUEZ le cotizó a pensión como empleador al señor JULIO CESAR ARÉVALO CORREDOR.

De acuerdo a lo anterior, se observa que, de conformidad con la documental que reposa a folio 33 y 34 del expediente, el demandado RAUL VELÁSQUEZ funge como el propietario del establecimiento de comercio SERVICIOS DE SEGURIDAD Y CELADURÍA R&V, esto es, con nombre similar al anteriormente mencionado, pero bajo el NIT 3116201-4, matriculado desde noviembre de 2009 y seguía vigente para el año 2017, luego al tratarse de un establecimiento de comercio, el cual carece de capacidad jurídica, se debe concluir que, quien responde, ante cualquier eventualidad, es su propietario, el señor RAÚL VELÁSQUEZ.

Ahora, vale la pena poner de presente lo manifestado por el representante legal del conjunto demandado, quien indicó en su interrogatorio de parte que entre el conjunto demandado y la sociedad SEGURIDAD Y CELADURÍA RV SAS nunca existió un contrato escrito, sino que por el contrario, el motivo principal de la terminación del contrato entre el conjunto demandado y RAUL VELÁSQUEZ, no reunía los requisitos de Ley, por lo que al parecer era una fachada, en tanto que nunca se efectuaron aportes a nombre de dicha empresa, sino por el contrario, a nombre del señor RAUL VELÁSQUEZ.

Lo anterior se colige con la manifestación del testigo VÁZQUEZ, quien fue contundente al manifestar que era el demandado RAUL VELÁSQUEZ quien pagaba los aportes a Seguridad Social, lo afilió a la ARL, era quien daba

directamente las órdenes, coordinaba los turnos de los vigilantes, así mismo, asignaba los reemplazos en caso de enfermedad.

Conforme las pruebas anteriormente reseñadas, se puede arribar a la conclusión que existió una relación laboral entre el demandante, el señor JULIO CESAR ARÉVALO CORREDOR, y el demandado RAUL VELÁSQUEZ, sin que sea posible declarar la existencia de una relación laboral con el CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL, en tanto que no obra prueba alguna que determine que éste era el verdadero empleador, sino que por el contrario, las pruebas allegadas al plenario dan cuenta que existió un contrato de trabajo con el señor VELÁSQUEZ, pues el hecho de haber recibido de manera eventual alguna directriz por parte del Representante Legal del conjunto demandado, no determina una eventual subordinación, pues es contundente que el señor RAUL VELÁSQUEZ era quien pagó los aportes a Seguridad Social, además era quien impartía directrices directamente al actor, le asignaba turnos, incluso asignaba los reemplazos en caso de enfermedad, concluyendo entonces que RAUL VELÁSQUEZ fungió como contratista, quien prestaba sus servicios de seguridad al conjunto demandada, para lo cual contrató a diferentes personas, entre otras, el aquí demandante, para desempeñar el cargo de vigilante.

Bastan las anteriores consideraciones, para **CONFIRMAR** el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

Así mismo, se confirmará la absolución del CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL, por los argumentos expuestos en precedencia.

SOBRE EL SALARIO:

El Juzgado de instancia declaró que dentro de la ejecución de la relación laboral el actor devengó un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante solicita se modifique la declaratoria de un salario mínimo, como quiera que en el expediente reposan comprobantes de pago que acreditan que el salario que el actor devengaba, aunado a la confesión ficta que declaró el juzgado puede declarar el salario que devengó el demandante que es superior al SMLMV, y de acuerdo a eso, debió liquidarse todas las prestaciones, e indemnizaciones que liquidó el Juzgado de instancia.

Frente al tema, reposa a folios 29, 30, 31, 37 y 38 relación de pagos efectuados al

señor JULIO CESAR ARÉVALO CORREDOR, para los años 2012, de los cuales en primer lugar no puede determinarse ni deducir que se traten de retribuciones realizadas por el empleador demandado RAUL VELÁSQUEZ por concepto de salario, aunado al hecho que se tarta de periodos anteriores al declarado por ésta instancia, pues vale recordar que el contrato de trabajo se declaró a partir del 1 de marzo de 2013.

Por otro lado, reposan a folios 39 a 43 desprendibles de nómina a nombre del aquí demandante, tampoco se tiene certeza de que provengan del demandado RAUL VELÁSQUEZ, sino que por el contrario, se observa el nombre de SCRV SEGURIDAD & CELADURIA SAS, empresa que se encuentra cancelada desde el 30 de noviembre de 2015, destacando en gracia de discusión que los salarios allí mencionados se trata de salarios equivalentes al mínimo legal, y si bien recibió entre otros conceptos una bonificación no prestacional, sobre la cual no se evidencia reproche alguno por parte del trabajador, como tampoco se evidencia que hubiese sido otorgada de manera permanente.

Aunado a la anterior, conforme el reporte de semanas cotizadas visible a folios 188 192 del expediente actualizado al 8 de junio de 2021, se tiene que el señor RAUL VELÁSQUEZ cotizó a favor del demandante sobre un salario para los periodos agosto de 2014 a agosto de 2017.

Así las cosas, no es posible declarar la confesión ficta de la totalidad de los hechos relacionados en la demanda, como quiera que en la misma se relaciona en el hecho No. 6 (fl. 3) sobre un salario presuntamente recibido en el año 2012, fecha en la cual no se encontraba vigente la relación laboral, en tanto que fue declarada desde el 1 de marzo de 2013, y que la parte actora no presentó inconformidad al respecto.

Bastan las anteriores consideraciones, para CONFIRMAR el salario declarado en primera instancia, equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA:

Finalmente, solicita el apelante que si bien se declaró el contrato de trabajo con el señor RAUL VELÁSQUEZ, no impedía estudiar la solidaridad, que bien se solicitó en la demanda, conforme los lineamientos del artículo 36 del CST, respecto del CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PH.

Así pues, el artículo 34 del CST, señala:

> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
> *2o)* ***El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas****."*

Así pues, teniendo en cuenta la norma anteriormente transcrita, no es procedente declarar una responsabilidad solidaria, como quiera que el servicio de vigilancia no corresponde al giro ordinario de actividades de la Propiedad Horizontal, aunado al hecho que la demandada CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PH no se encuentra habilitada legalmente para prestar el servicio de seguridad privada, no quedando otro camino que CONFIRMAR la decisión de primera instancia en absolver la responsabilidad solidaria pretendida.

COSTAS.

Sin condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR la** sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de septiembre de 2021, según se expuso.

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

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE JULIO CESAR AREVALO CORREDOR CONTRA CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PROPIEDAD HORIZONTAL Y RAÚL VELÁSQUEZ

Magistrado Ponente. Marceliano Chavéz Ávila

Paso a dar las razones por las cuales disiento de la decisión tomada por la mayoría, al negar la solidaridad reclama por el demandante entre el contratista independiente y el conjunto residencial Camino Verde Propiedad Horizontal, como quiera que la labor prestada por aquél fue la de vigilante:

El artículo 34 del CST, señala:

> *"1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.*
> *2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas."*

Busca esta institución proteger al trabajador ante la actuación irresponsable o negligente del contratista independiente, verdadero empleador, que desconoce los derechos sociales del trabajador, para que el beneficiario o dueño de la obra asuma dicha obligación y así evitar fraudes. Para que opere esta figura es necesario que entre el contrato de obra y trabajo de trabajo medie relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor desarrollada pertenezca a las actividades normales o corrientes de quien encargo su ejecución, pues si es ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente no pueden reclamarle al beneficiario del trabajo, la solidaridad por las condenas o derechos a cargo de aquél. " La responsabilidad solidaria de contratistas y beneficiario no es ilimitada… De ahí que la responsabilidad solidaria tenga excepción una precisa, o sea el caso del beneficiario cuyas actividades normales en su empresa o negocio son extrañas a la obra o labor encomendada al contratista, o al contrario sensu, que la responsabilidad solidaria se predica legalmente cuando la naturaleza o finalidad de la obra contratada sea inherente (fórmula empleada en la legislación laboral argentina), o también conexa (fórmula aún más amplia de la legislación laboral venezolana), con la actividad ordinaria del empleador. Nuestro código Sustantivo del Trabajo se muestra más comprensivo todavía, porque al referirse a " labores extrañas a las actividades normales, de la empresa o negocio" para configurar la excepción al principio legal de la responsabilidad solidaria, obviamente incluyó dentro del ámbito de la regla general todas aquellas obras inherentes o conexas con las actividades ordinarias del beneficiario" CSJ, Casación Laboral, sentencia del 25 de mayo de 1968).

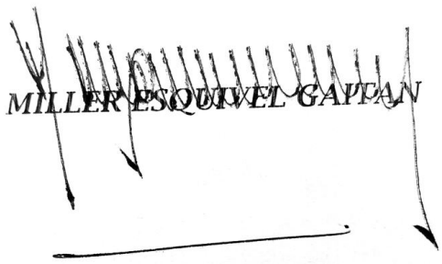
La ley 675 de 2001, que establece el régimen de propiedad horizontal, tiene por objeto regular de forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función social de la propiedad. Y en el artículo 51 ibídem *expresamente estableció a cargo del administrador de la propiedad, como función básica:*

"7. Cuidar y vigilar los bienes comunes, y ejecutar los actos de administración, conservación y disposición de los mismos de conformidad con las facultades y restricciones fijadas en el reglamento de propiedad horizontal."

Dado que es inconcebible que una propiedad de dicha naturaleza no tenga una vigilancia y porteros para la seguridad de los copropietarios y del inmueble propiamente o que cada uno de éstos tenga su propia vigilancia o porteros, lo que sería un caos o desorden, que contrarían la convivencia que debe reinar en este tipo de propiedad. Por eso la labor de vigilancia es esencial o básica como se indica en la ley 675 de 2001.

Entonces, es palmario que el Conjunto Residencial Camino Verde PH es responsable solidariamente por las condenas impuestas a Raúl Velásquez, contrario a lo sostenido en la ponencia de: "Así pues, teniendo en cuenta la norma anteriormente transcrita (art. 36 del CST), no es procedente declarar una responsabilidad solidaria, como quiera que el servicio de vigilancia no corresponde al giro ordinario de actividades de la Propiedad Horizontal, aunado al hecho que la demandada CONJUNTO RESIDENCIAL CAMINO VERDE PH no se encuentra habilitada legalmente para prestar el servicio de seguridad privada, no quedando otro camino que CONFIRMAR la decisión de primera instancia en absolver la responsabilidad solidaria pretendida" . Ahora, si la propiedad horizontal no se encuentra habilitada para prestar el servicio de vigilancia, lleva automáticamente que debe asumir dicha responsabilidad, pero de modo alguna, desconocerla.

Dejo así a salvo el voto,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 05-2020-00394-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **OCTAVIO ESCOBAR CASTAÑO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
AFP PROTECCIÓN SA.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PROTECCIÓN Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas -PROTECCIÓN Y COLPENSIONES-, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las entidades demandadas -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.- a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

OCTAVIO ESCOBAR CASTAÑO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

- DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., el día 30 de marzo de 1999.

-**DECLARAR** que la entidad PROTECCION S.A., omitió el deber de información y actuó de mala fe, en la diligencia de traslado y afiliación al RAIS.

PRETENSIONES CONDENATORIAS.

-CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los intereses moratorios, rendimientos, saldos y sumas adicionales, sin descontar gastos de administración.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado de conocimiento, mediante auto dictado el 1 de febrero de 2021, admitió el escrito de demanda y ordenó la notificación a las entidades accionadas -COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.-

Así mimo, mediante providencia emitida el 7 de septiembre de 2021, el Juzgado dispuso, la vinculación de PORVENIR S.A., como litis consorte necesario por pasiva. (Carpeta 11)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Colpensiones, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado realizo el traslado de manera libre y voluntaria, luego de haber recibido el asesoramiento correspondiente. Alegó las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, erro de derecho no vicia el consentimiento, entre otras. En igual sentido se pronunció PROTECCION S.A., como quiera que adujo haber impartido la información necesaria y suficiente para la calenda en que se efectuó el traslado de régimen pensional (carpeta 6 y 8)

Finalmente, PORVENIR S.A., indicó al oponerse a la prosperidad de las pretensiones que, el actor suscribió el formulario de forma libre, espontánea y completamente informado. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, entre otras. (carpeta 13).

Por auto de fecha 7 de septiembre de 2021, se admitieron los escritos de defensa presentados por PROTECCION S.A., y COLPENSIONES, en tanto mediante proveído del 16 de mayo de 2022, se tuvo por contestado el escrito de demanda por PORVENIR S.A. (carpeta 11 y 17)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 05 Laboral del circuito de Bogotá,** el día 3 de junio de 2022, profirió sentencia, en el siguiente sentido:

> **"*PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizado por el señor OCTAVIO ESCOBAR CASTAÑO a través de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*
> ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.*
> ***TERCERO: SIN COSTAS****."*

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión, solicitó la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento, que no tuvo injerencia en el acto de traslado realizado por el afiliado, por lo que, ante la omisión de la AFP en el cumplimiento de sus deberes, le correspondía asumir el derecho pensional a favor del accionante. Manifestó que en sentencia SL 373 de 2021, se ha indicado que no es posible el retorno al RPM, cuando el asegurado ha adquirido el beneficio pensional en el RAIS, o próximo a pensionarse, situación esta ultima en la que se encuentra el demandante, ya que adquirió el status estando afiliado en el Régimen de Ahorro Individual. Por último, adujo que, se desconoció el principio de relatividad jurídica, ya que los actos jurídicos tienen efectos Inter partes, por lo que sus efectos no lo pueden perjudicar o beneficiar.

Entre tanto **PROTECCION S.A.,** aseguró que ningún detrimento patrimonial o económico va tener el demandante, ya que una vez realizas las proyecciones o cálculos, con base a la historia laboral, se pudo determinar que la mesada pensional del actor, sería equivalente a un salario mínimo legal en ambos regímenes, sin que

hubiese reportado alguna situación de reconstrucción de historia o novedad frente al salario devengado.

No obstante, la interposición de los recursos de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., efectuado por OCTAVIO ESCOBAR CASTAÑO el día 15 de julio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE actualmente PORVENIR S.A. el 15 de julio de 1994; luego el 24 de febrero de 1999, se vinculó a la AFP PROTECCION SA (fl. 68 de la carpeta 8 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de

noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: historia laboral consolidada, certificado de afiliación, formulario de afiliación, relación de movimientos, reporte de vinculaciones ASOFONDOS y comunicados de prensa; AFP PROTECCION: reporte estado de cuenta, historia laboral, vinculaciones SIAFP, formulario de afiliación, comunicados de prensa y políticas de asesoramiento.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de julio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada, aunado a que allegan un documento contentivo de unas políticas de asesoramiento, empero no se evidencia que las mismas hayan sido impartidas al actor, para la fecha en que se efectuó el traslado, ya que no cuenta con recibido, ni da cuenta de la calenda de su elaboración y entrega; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 15 de julio de 1994, el demandante tenía 627.86 semanas (f.160 del expediente unificado), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 08 de enero de 1961 f.56 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Protección SA, el demandante había cotizado 1,756.29 (f. 160 expediente unificado) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONTE actualmente PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PROVENIR S.A., el 15 de julio de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que la AFP PROTECCIÓN S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, cabe precisar que respecto del demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, como quiera que la Corte consideró:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en cuanto a la inconformidad de Colpensiones, y en grado jurisdiccional de consulta a su favor, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a***

trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos*, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP PROTECCION SA, y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

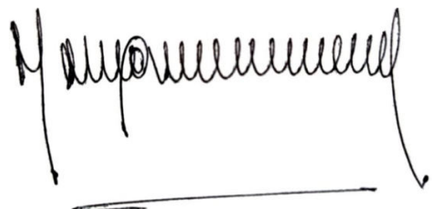
PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 03 de junio de 2022 por el Juzgado 05 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION S.A., devolverá junto con la totalidad de los aportes de

su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculado a esos fondos, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP PROTECCION SA. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

05-2020-00394-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Octavio Escobar Castaño
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**005-2020-00394-**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, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c6d85edf80828fc22d573b6013e4e621a6213d49e811e4d1d9d9ed78cfec9b6d**

Documento generado en 31/03/2023 11:03:57 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 13-2021-00289-01

Bogotá D.C., Marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIA CONSTANZA PEÑA CRUZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: DEMANDANTE, PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 y TP 221228 del CSJ, según poder otorgado por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA CC 1.037.639.320 y TP 288820 del CSJ, en su condición de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS AASOCIADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general allegado. Igualmente se reconoce personería a la abogada ANGELICA MSRIS CURE MUÑOZ CC 1140887921 y TP 369821 del CSJ, en su condición de representante legal de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS a quien Porvenir SA otorgo poder general que se anexa.

Las partes, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARIA CONSTANZA PEÑA CRUZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que **MARIA CONSTANZA PEÑA CRUZ** se afilio al ISS en el año 1998, y se trasladó al RAIS en enero de 1999 a través de Porvenir mediante la suscripción de un formulario al ser inducida en error por el asesor del fondo privado.
-Declarar la nulidad del traslado al RAIS de **MARIA CONSTANZA PEÑA CRUZ** del ISS a Porvenir en enero de 1999.
-Ordenar el retorno automático al RPM, ordenando a Colpensiones reactivar la afiliación. Ordenar a Porvenir devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración, frutos e intereses, y los rendimientos causados.
-Que se condene a las demandas ultra y extrapetita y costas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 21 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda Colpensiones y Porvenir SA en tiempo como consta en auto de junio 1 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 13 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de julio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **MARIA CONSTANZA PEÑA CRUZ**, a través de Horizonte hoy AFP PORVENIR SA el 29 de enero de 1999. CONDENO a la AFP PORVENIR SA devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, y comisiones con cargo a sus propias utilidades.
CONDENO a Colpensiones a tener como su afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral de la demandante. Declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a las partes, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El DEMANDANTE apela la decisión, solo sobre la condena en costas, pues Colpensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda, y por lo tanto fue vencida en juicio, y a voces del artículo 365 del CGP debe ser condenada en costas.

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando la revocatoria del fallo, al considerar que no existen normas jurídicas para declarar la ineficacia, pues a la demandante se le otorgo la información necesaria y suficiente al momento del traslado, para tomar una decisión informada de acuerdo a la legislación vigente en para la época. Solo fue a partir de la expedición de normas en los años 2010 y 2015 que las administradoras adquirieron el deber de información. No pueden exigirle a la demandada condiciones inexistentes para la fecha del traslado.
Respecto a la condena por rendimientos y gastos de administración, no resulta coherente, pues al declararse que el negocio jurídico no se celebró jamás, y en ese sentido se entendería que los frutos de los aportes tampoco se generaron, porque estaría la demandante recibiendo rendimientos que no se generaría en el RPM en contradicción al artículo 897 del Código de Comercio.
Los gastos de administración fueron destinados a la correcta administración de los recursos y no están destinados a financiar la pensión, y tienen destinación específica por mandato legal. Solicita se absuelva de todas las pretensiones y las costas.

COLPENSIONES. No está de acuerdo con la declaración de ineficacia del traslado de la demandante, pues ella lo hizo de manera libre y voluntaria a horizonte en el año 1999. La demandante está inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003, pues tienen 59 años, y ya paso el tiempo que tenía de 10 años para trasladarse antes de llegar a la edad pensional.
La demandante firmo el formulario de traslado y allí estaba clara la condición del nuevo régimen. Su devolución afecta la estabilidad financiera de Colpensiones. Además la demandante en el interrogatorio manifestó no saber cuál es el sistema que mejor le conviene.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectuado por **MARIA CONSTANZA PEÑA CRUZ** el día 29 de enero de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a

que la AFP PORVENIR SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.**3.** Si hay lugar a condenar en costas a Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 29 de enero de 1999 (f.43 contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y

jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporto: formulario de afiliación a horizonte, certificado de afiliación, historia laboral consolidada, reporte histórico de movimientos, respuesta a peticiones, historia de vinculaciones, consulta Asofondos, historia bono pensional, bono pensional, concepto SIF, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de enero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el

RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 29 de enero de 1999, la demandante tenía 53.43 semanas (f.60 demanda expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 10 de mayo de 1963 f.50 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM cuando tuviere la densidad de semanas suficientes (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.145.2 semanas, (f.46 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos

fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 29 de enero de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene

explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual

con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

El demandante muestra su inconformidad con la no condena en costas en primera instancia a Colpensiones, pues considera que fue vencida en juicio y se opuso a las pretensiones; sobre el particular, la sala concuerda con el argumento expuesto por el a quo, pues se considera que Colpensiones no participo de la decisión de trasladarse que afecto a la demandante, por falta de consentimiento informado. Pues como se dijo, este deber estaba en cabeza exclusivamente del fondo privado Porvenir SA, quien no demostró haber suministrado la información veraz exigida para este tipo de traslados.

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 15 de julio de 2022 por el Juzgado 13 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

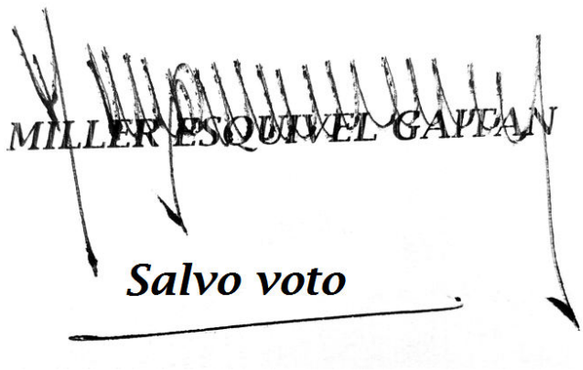
SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ,D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA CONSTANZA PEÑA ORTIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Magistrado Ponente: Marceliano Chavéz Ávila

Con el respeto debido para con la mayoría de la sala, me aparto de la decisión tomada al resolver la consulta de la sentencia de primera proferida dentro del proceso de la referencia, en cuanto revocó las costas impuestas, porque de "conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que le asiste razón a la entidad recurrente Colpensiones, en cuanto a que no debió disponerse tal rubro frente a esa Administradora, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió" las costas son la erogación económica que le corresponde asumir al litigante que resulte vencido en el proceso, las cuales están conformadas por las expensas y las agencias en derecho, que, en cuanto a este último rubro, también ha sido pacífico el criterio, que corresponden a "(…) la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel (CC C-089-02)".

Como se explicó en dicha decisión de la Corte Constitucional, cuando se refirió a las reglas de la imposición de las costas en el antiguo CPC, pero que el legislador procesal siguió derroteros idénticos en el CGP, para la aplicación de esta institución se sigue un criterio objetivo, "(…) pues "se condena en costas al

vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento", sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, "la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)". En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó[5], su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"

Así, que el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).

Se insiste, en que el criterio de la imposición de las costas es objetivo, por cuanto ellas tienen como propósito indemnizar por los gastos y quebrantos económicos sufridos por la parte que injustamente es llevada al proceso, o, en otras palabras, resarcir de alguna manera los gastos realizados por quien tuvo la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en defensa de sus derechos, que al final le fueron reconocidos, o al contrario, reconocerle al convocado al proceso, esas mismas erogaciones que tuvo que soportar para ejercer su defensa contra las pretensiones.

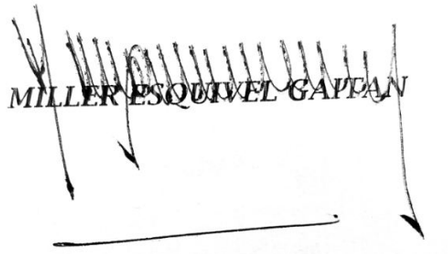
En este caso, es cierto que la demandada Colpensiones no intervino en la operación de traslado de régimen pensional cuya ineficacia solicitó la parte actora por la falta de información veraz y suficiente en que incurrió la administradora del RAIS, pero olvida la mayoría de la Sala, que la entidad pública participó activamente en la oposición de las pretensiones de la demanda, esto es, que desde el principio ejerció contradicción contra los pedimentos del demandante, tratando de descartar los elementos que habilitan esa ineficacia, y por tal razón, sumó su posición a la de la AFP, para intentar aplacar los derechos del promotor del litigio. Y tal sentido, la parte actora, tuvo que sufragar unos gastos para hacer ver al juzgador que la oposición tanto de la entidad pública como del organismo privado no se acompasaban con el criterio jurídico imperante en este tema.

No es simplemente que la entidad pública, objetivamente no tenga mayor incidencia en la época en que la parte actora llevó a cabo el traslado de régimen, sino verificar cómo se comportó en el momento de ser convocada al proceso, porque, si su actuación es la normal a todo demandado, consistente en presentar excepciones de mérito que contrarresten las pretensiones, incluso excepciones previas, y en general, hacer oposición en toda la instancia con los mecanismos ordinarios, lo cual implica un desgaste procesal y económico para el demandante, es claro que, por ese ejercicio del litigante vencido, tendrá que asumir el resarcimiento a quien salió victorioso.

Lo objetivo es que el litigante vencedor, si se produce una estimación total de su demandada, o si habiendo sido demandado resulta absuelto, tendrá derecho a percibir las costas de la parte contraria, recuperando así, en parte, lo que abonó en esa actividad; solo si la estimación o desestimación de las pretensiones es parcial, o si se presentan serias dudas sobre la actividad procesal del litigante victorioso, es plausible dejar que cada litigante asuma sus propios gastos, pero mientras se pueda verificar la oposición de la parte vencida, a ésta se le tendrán que imponer las costas, como ocurre en este caso, en donde no resulta lógico ni razonable que Colpensiones, precisamente, al no haber participado en el traslado inicial de régimen pensional, en el proceso se haya opuesto con toda intensidad a la prosperidad de las pretensiones de ineficacia, generando, se reitera, unos gastos de apoderamiento y defensa de sus derechos en la parte actora, que deben ser resarcidos.

Entonces, como es inescrutable, que Colpensiones fungió como parte dentro del proceso al oponerse a las pretensiones y formulando excepciones de fondo, tanto, que recurrió la decisión de primera instancia, para obtener la revocatoria total de la decisión de primera instancia, debe correr con las costas por su actuación.

Dejo así a salvo el voto.



ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Constanza Peña Cruz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**013-2021-00289-**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, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c16e5f0429f6da677241b0008f89d94af00a8d2c6acd0458da1f878cb96b6c10**

Documento generado en 31/03/2023 11:00:35 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 17-2020-00337-01

Bogotá D.C., marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A,
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA-COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y consulta en su favor, contra la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a MARIA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37627000 y TP 221228 del CSJ, según sustitución otorgada por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA CC 1037639320 y TP 288820 del CSJ, quien actúa como representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS a quien Colpensiones otorgo poder general que anexan.

La parte demandante y la demandada Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de septiembre 12 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Que se declare que Porvenir incumplió el deber legal de información con el demandante. Declarar ineficaz la afiliación de **HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ** al RAIS, y que nunca se trasladó al RAIS, y que se encuentra afiliado a Colpensiones. Ordenar a Porvenir a registrar en su sistema que la afiliación del demandante es ineficaz.
Condenar a Colpensiones a activar la afiliación de **HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ;** CONDENAR a Porvenir SA a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos, títulos pensionales, gastos de administración y comisiones, sin aplicar descuento alguno.
CONDENAR a Colpensiones a recibir los aportes a pensión del demandante, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que haya lugar. Costas y agencias en derecho, y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 26 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES en tiempo Y PORVENIR no, como consta en auto de noviembre 23 de 2021; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 17 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 31 de agosto de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por AFP PORVENIR SA; DECLARO válidamente vinculado el demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos, e intereses generados, y devolver los gastos de administración, las pólizas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes para conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, valores que

deberán ser indexados con cargo a sus propias utilidades, y por el tiempo que el demandante estuvo vinculado con esa entidad.
Ordenar a Colpensiones recibir el traslado los fondos y convalidarlos en la historia laboral del demandante. Impuso costas a las demandadas; y **CONCEDIÓ** apelación a Colpensiones además, además del grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida así:

Solicita al tribunal revisar la condena en costas a Colpensiones, ya que no participo en el negocio jurídico de afiliación del demandante al RAIS, y necesariamente tenía que oponerse a la ineficacia pues al demandante le faltan menos de 10 años para llegar a la edad de pensión. Solicita se exima de costas de primera y segunda instancia.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA, efectuado por **HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ** el día 12 de febrero de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM. **3.** Si hay lugar a condena en costas a Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 12 de febrero de 1997 (f-57 dda.)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el

régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** Expediente administrativo, e historia laboral; **AFP PORVENIR SA** se le tuvo por no contestada la demanda en tiempo**.**

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de febrero de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 12 de febrero de 1997, el demandante tenía 417 semanas (F,34 dda.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 20 de diciembre de 1959 f-18 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para abril de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., el demandante había cotizado más de 1345 semanas, (f.34 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONRE hoy PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 12 de febrero de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte

de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al

fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, se confirmará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, seguros previsionales, bonos pensionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de***

gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos*, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA, el 12 de febrero de 1997.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmara la declaratoria de no probada conforme lo decidió el a quo.

COSTAS:

La apelación de Colpensiones centra su inconformidad con la condena en costas por parte del a quo, y solicita se absuelva a Colpensiones ya que no participo en el negocio jurídico de traslado que se declara ineficaz. En efecto el artículo 365 del CGP en su ordinal 1 establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; el ordinal 5 establece que cuando prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas, o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión; y de igual manera el ordinal 8 establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Para el caso presente se pretendió la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, por haber faltado la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR SA al deber de información, pretensión que salió avante, y en la cual

no medio ninguna participación de Colpensiones en el negocio jurídico que se dejó sin efecto, por tanto no habrá lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, por lo que se accederá parcialmente a lo solicitado por la apelante Colpensiones. Por tanto se revocaran las costas impuestas en primera instancia a cargo de Colpensiones.

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado 17 Laboral el Circuito de Bogotá.

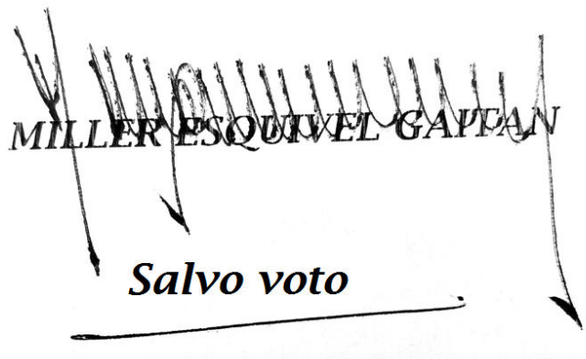
SEGUNDO: **Revocar las COSTAS** impuestas en primera instancia a cargo de Colpensiones. Sin COSTAS en esta instancia.

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

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ,D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE HAROLD FERNANDO MOSQUERA ORTIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Magistrado Ponente: Marceliano Chávez Ávila

Con el respeto debido para con la mayoría de la sala, me aparto de la decisión tomada al resolver la consulta de la sentencia de primera proferida dentro del proceso de la referencia, en cuanto revocó las costas impuestas, porque de "conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que le asiste razón a la entidad recurrente Colpensiones, en cuanto a que no debió disponerse tal rubro frente a esa Administradora, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió" las costas son la erogación económica que le corresponde asumir al litigante que resulte vencido en el proceso, las cuales están conformadas por las expensas y las agencias en derecho, que, en cuanto a este último rubro, también ha sido pacífico el criterio, que corresponden a "(…) la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel (CC C-089-02)".

Como se explicó en dicha decisión de la Corte Constitucional, cuando se refirió a las reglas de la imposición de las costas en el antiguo CPC, pero que el legislador procesal siguió derroteros idénticos en el CGP, para la aplicación de esta institución se sigue un criterio objetivo, "(…) pues "se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento", sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus

componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, "la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)". En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó[5], su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"

Así, que el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).

Se insiste, en que el criterio de la imposición de las costas es objetivo, por cuanto ellas tienen como propósito indemnizar por los gastos y quebrantos económicos sufridos por la parte que injustamente es llevada al proceso, o, en otras palabras, resarcir de alguna manera los gastos realizados por quien tuvo la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en defensa de sus derechos, que al final le fueron reconocidos, o al contrario, reconocerle al convocado al proceso, esas mismas erogaciones que tuvo que soportar para ejercer su defensa contra las pretensiones.

En este caso, es cierto que la demandada Colpensiones no intervino en la operación de traslado de régimen pensional cuya ineficacia solicitó la parte actora por la falta de información veraz y suficiente en que incurrió la

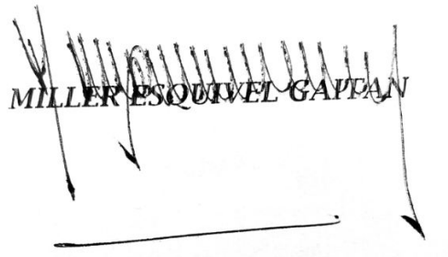
administradora del RAIS, pero olvida la mayoría de la Sala, que la entidad pública participó activamente en la oposición de las pretensiones de la demanda, esto es, que desde el principio ejerció contradicción contra los pedimentos del demandante, tratando de descartar los elementos que habilitan esa ineficacia, y por tal razón, sumó su posición a la de la AFP, para intentar aplacar los derechos del promotor del litigio. Y tal sentido, la parte actora, tuvo que sufragar unos gastos para hacer ver al juzgador que la oposición tanto de la entidad pública como del organismo privado no se acompasaban con el criterio jurídico imperante en este tema.

No es simplemente que la entidad pública, objetivamente no tenga mayor incidencia en la época en que la parte actora llevó a cabo el traslado de régimen, sino verificar cómo se comportó en el momento de ser convocada al proceso, porque, si su actuación es la normal a todo demandado, consistente en presentar excepciones de mérito que contrarresten las pretensiones, incluso excepciones previas, y en general, hacer oposición en toda la instancia con los mecanismos ordinarios, lo cual implica un desgaste procesal y económico para el demandante, es claro que, por ese ejercicio del litigante vencido, tendrá que asumir el resarcimiento a quien salió victorioso.

Lo objetivo es que el litigante vencedor, si se produce una estimación total de su demandada, o si habiendo sido demandado resulta absuelto, tendrá derecho a percibir las costas de la parte contraria, recuperando así, en parte, lo que abonó en esa actividad; solo si la estimación o desestimación de las pretensiones es parcial, o si se presentan serias dudas sobre la actividad procesal del litigante victorioso, es plausible dejar que cada litigante asuma sus propios gastos, pero mientras se pueda verificar la oposición de la parte vencida, a ésta se le tendrán que imponer las costas, como ocurre en este caso, en donde no resulta lógico ni razonable que Colpensiones, precisamente, al no haber participado en el traslado inicial de régimen pensional, en el proceso se haya opuesto con toda intensidad a la prosperidad de las pretensiones de ineficacia, generando, se reitera, unos gastos de apoderamiento y defensa de sus derechos en la parte actora, que deben ser resarcidos.

Entonces, como es inescrutable, que Colpensiones fungió como parte dentro del proceso al oponerse a las pretensiones y formulando excepciones de fondo, tanto, que recurrió la decisión de primera instancia, para obtener la revocatoria total de la decisión de primera instancia, debe correr con las costas por su actuación.

Dejo así a salvo el voto.



ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Harold Fernando Mosquera Ortiz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**017-2020-00337-**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, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5e67f3563ef84247cb81b14a08e26db748aef64ca7bfbee60c79839b19b81dd9**

Documento generado en 31/03/2023 11:00:36 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación 27-2017-00646-01

Bogotá D.C., marzo treinta y uno (31) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JAINER VETH ESTRADA VIDAL**
DEMANDADO: **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA.**
LITISCONSORTES: **EMPOSER LTDA Y SERDEMPO SAS**
ASUNTO : **APELACIÓN (Demandante)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27º Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de octubre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a proferir decisión de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JAINER VETH ESTRADA VIDAL**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA** con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos: (fl 4 a 25 expediente digital):

1) Que se declare la existencia la existencia entre las partes de una relación laboral entre el 4 de mayo de 2012 al 8 de febrero de 2016.

2) Declarar que le s aplicable la convención colectiva suscrita entre la demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la compañía transportadora de valores Prosegur de Colombia SA “Sintravalores”.
3) Que se declare que entre las partes existió un contrato a término indefinido, y en consecuencia se declare ineficaz la cláusula contractual que estipulaba el término del contrato.
4) Que se declare que tiene derecho a los emolumentos establecidos en la convención colectiva.
5) Que se condene a la demandada a pagar al demandante las primas semestrales conforme al artículo 26 de la convención colectiva.
6) Que se condene a la demandada a pagar al demandante las primas de vacaciones conforme al artículo 27 de la convención colectiva.
7) Que se condene a la demandada a pagar al demandante la reliquidación de las cesantías.
8) Que se condene a la demandada a la indemnización por despido injusto conforme al art.64 del CST.
9) Que se condene a la demandada a pagar al demandante la indemnización extralegal consagrada en el artículo 7 de la convención colectiva.
10) Se condene a la demandada a pagar al demandante la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST.
11) Condenar en costas a la demandada.
12) A lo que resulte probado ultra y extra petita.

La demanda fue admitida mediante auto de noviembre 10 de 2017, y notificada a la demandada **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SA** dio contestación a la demanda de acuerdo al auto visible a folio 590 de enero 25 de 2019, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y proponiendo excepciones de mérito.

El juzgado de primer grado mediante auto de julio 15 de 2019 ordenó vincular como litisconsortes necesarios a EMPOSER LTDA Y SERDEMPO SAS; quienes contestaron la demanda oponiéndose a las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito; Emposer Ltda. Proponiendo la excepción de cosa juzgada; se les tuvo por contestada la demanda mediante auto de enero 18 de 2021.

El **JUZGADO 27 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 11 de octubre de 2021 **NEGÓ** las pretensiones de la demanda, y **ABSOLVIÓ** a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. DECLARO probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y **CONDENÓ** en costas a la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El juzgado para sustentar la negación de las pretensiones de la demanda, se basó en que se demostró en el proceso, que el actor ya había instaurado demanda contra Emposer SAS, por despido sin justa causa, la cual le fue desfavorable; quedando demostrado que el actor mantuvo contrato a término fijo con Emposer SAS, y esta empresa tuvo un contrato de prestación de servicios con Prosegur Colombia SA, y que se configuro la figura del contratista independiente, asumiendo que Emposer actuó no como un intermediario sino como un verdadero empleador, y que no se demostró que Prosegur SA ejerciera poder subordinante sobre el actor, y los testigos afirmaron que los elementos de trabajo eran suministrados por Emposer SAS, como dotaciones, uniformes y armas; y las documentales dan cuenta de los contratos a germino fijo suscritos entre el actor y Emposer, y del contrato comercial suscrito entre Emposer SAS y Prosegur SA.
Se demostró que los salarios, dotaciones, pagos a seguridad social fueron efectuados por el empleador Emposer SAS.
Los carnets y los carros transportadores de Prosegur estaban estipulados dentro del contrato comercial de prestación de servicios, que serían suministrados por Prosegur, lo cual es válido para promoción de la marca de la empresa contratante del servicio.
El objeto social de Prosegur que es en general el transporte de valores, y el de Emposer que es prestar servicio de vigilancia y seguridad privada con armas, por tanto desarrollan actividades conexas o complementarias, mas no se puede decir que exista una unidad de empresa, según sentencia SL5489 de 2018, solo dan cuenta de la existencia común de personal directivo, pero no el control económico de una sobre la otra.

Ahora, en cuanto a la aplicación de la convención colectiva, esta se aplica solo a los trabajadores de Prosegur SA, y no es el caso del actor, quien no demostró se trabajador de Prosegur SA, y por tanto no tiene derecho a beneficiarse de la convención.

La parte demandante interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

Solicita al Tribunal revocar la sentencia y acoger las pretensiones.
-El demandante si presto sus servicios personales dentro de los extremos del contrato, dentro de las instalaciones de Prosegur SA utilizando los equipos de la compañía.
-Las armas eran de propiedad de Prosegur SA, y no eran de Emposer SAS.

-El demandante ejecuto el contrato conforme al objeto social de Prosegur SA como era recolectar y transportar valores, esa era su tarea.
-Están demostrados los presupuestos de la parte segunda del art.35 del CST, allí dice que es simple intermediario aquel que aparentando ser empleador contrate personal, pero los equipos utilizados sean de otro, que es el verdadero empleador.
-El contrato entre Prosegur SA y Emposer SAS no es un contrato de colaboración, es un contrato que pretende esconder una relación laboral.
-Prosegur SA tenía una convención colectiva y no quería pagársela a sus trabajadores, y por eso empleo la figura de utilizar a Emposer SAS y otros, por lo cual fue sancionada por el ministerio de trabajo.
-El decreto 356 de 1994 articulo 6 numeral 4 define que es transporte de valores, y es un servicio de vigilancia y seguridad privada para el manejo de valores, y ambas son del grupo Thomas Greg & Son.
-El servicio de vigilancia con armas está en el objeto social de ambas empresas.
-El art.167 del CGP establece que la prueba se le debe exigir a la parte que está en mejor disposición de aportarla, y para el caso es muy difícil que los testigos vinieran a declarar, después de cuatro años de haber salido de la empresa.
-En este caso la prueba ´proviene de la contestación de la demanda, donde Prosegur acepta que el actor presto sus servicios en sus instalaciones, y le suministro todos los equipos y elementos de trabajo.

Recurso que pasa a resolver la Sala con fundamento en las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico a dilucidar en esta instancia se contrae en determinar si en realidad el actor tuvo una relación laboral subordinada mediante contrato a término fijo con la empresa Emposer SAS, llamada como litisconsorte necesario a este proceso, o si en su defecto esta solo actuó como simple intermediaria ante Prosegur SA con quien tendría un vínculo laboral a término indefinido, como lo pretendió en la demanda y lo reafirma en la alzada.

MODALIDAD DEL CONTRATO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES

Bajo este entendido, y descendiendo al sub lite observa la Sala que el demandante afirma haber prestado sus servicios en el cargo de vigilante a favor de la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA SA, mediante un contrato a término indefinido, y que Emposer SAS fue una simple intermediara.

Por su parte la accionada al contestar el libelo, no aceptó la existencia de un vínculo laboral con el demandante, aclarando que este se había dado mediante un contrato de trabajo comercial que suscribió con Emposer SAS quien le prestaba el servicio de seguridad y vigilancia con armas, en el transporte de valores que ella ejercía.

En el caso que hoy ocupa la atención de la Sala se tienen probados los siguientes supuestos facticos: Que existió una relación laboral entre el actor con la empresa de Seguridad y Vigilancia EMPOSER SAS, ejerciendo la labor de escolta, que tal relación se dio mediante contrato de trabajo a término fijo de cinco meses, los cuales fueron prorrogados, y tuvo como extremos temporal del 3 de enero de 2013 y febrero 8 de 2016, fecha que se verifica de la copia de contrato individual de trabajo a término fijo, y constancia de trabajo expedida por recursos humanos (fls.76 a 79 expediente digital), en dicho contrato en la cláusula trece se dejó estipulado : *"Si por virtud del presente contrato el trabajador presta servicios a terceras personas naturales o jurídicas por orden o con la aquiescencia de la Empresa, en las instalaciones de esta o por fuera de ellas, tales servicios quedaran remunerados con el salario que el trabajador devenga por razón del aludido contrato de trabajo, por lo que no habrá lugar a pagos extras por los servicios adicionales de que se trate, ni se configurara relación jurídica alguna por tales servicios, toda vez que ellos se presentarían en razón al citado contrato de trabajo.".*

También quedo demostrado que la empresas Emposer SA suscribió un contrato de suministro de escolta con la empresa Thomas Greg & Son Transportadora de Valores. (Folios 565 demanda, y folios 721 a 725).

A efectos de resolver, cabe precisar que los artículos 45 a 47 del CST, los contratos de trabajo pueden *"celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio"*, debiendo constar por escrito aquellos suscritos por tiempo término fijo.

De no encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Respecto de la calidad de la relación contractual de la parte actora del juicio, se allegó al informativo la copia de la carta de terminación del contrato de trabajo por justa causa a partir del 9 de febrero de 2016, y la liquidación final del contrato de trabajo (folio 662 y SS); igualmente a folios 630 a 656 documentos que demuestran la excepción de cosa juzgada propuesta por Emposer SAS pues se profirió sentencia ejecutoriada dentro del proceso tramitado en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, radicado 22201700790, en donde el mismo actor demando por despido injusto a Emposer SAS, y le fueron negadas las pretensiones de la demanda.

A instancias del demandante se decretaron los testimonios en su favor, mismos que no fueron recibidos por no asistencia de los mismos a la diligencia ordenada por el operador de primer grado.

Ahora, lo pretendido por el apelante es que se declare la relación laboral a término indefinido entre el actor y la demandada Prosegur, porque según su decir, el actor presto sus servicios, siempre bajo la dirección de la demandada, en sus instalaciones, y con el armamento suministrado por la demandada.

Dichas manifestaciones no tienen ningún respaldo probatorio, ni documental, ni testimonial, y por el contrario, se demostró fehacientemente que la cláusula trece del contrato de trabajo a término fijo suscrito entre el actor y Emposer SAS, excluyo cualquier tipo de vinculación directa del trabajador con las empresas en que pudiese llegar a prestarse el servicio de escoltas, ya que la actividad de Emposer es precisamente prestar el servicio de escoltas a las diferentes empresas que requieren de seguridad en el transporte de valores entre otros.

Tampoco se demostró que el armamento no fuera suministrado por Emposer, ni que el trabajador no ejerciera su actividad personal a su servicio, como tampoco que esta empresa no ejerciera subordinación o dependencia respecto al trabajador, y menos aún, que no le cancelara su salario mensual, situaciones que fueron ampliamente debatidas dentro del proceso que el mismo actor le siguió a su empresa empleadora Emposer en el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, y en el cual la demandada fue absuelta.

El artículo 35 del CST establece:

“1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas."

No es aplicable al presente caso el ordinal segundo del artículo 35 del CST, como lo pretende el apelante, pues no se trata de una persona que agrupa o coordina servicios de determinados trabajadores, sino de una empresa que contrata a un trabajador mediante contrato a término fijo, para prestar el servicios de escolta a otras empresas, suministrando el empleador todos los elementos para prestar el servicio, sin perjuicio que en sus labores pueda utilizar los distintivos o logos de las empresas para las cuales está prestando el servicio comercial de seguridad.

En este caso se demostró que Emposer SAS no era un simple intermediario, sino una empresa legalmente constituida, y su vinculación con el trabajador lo fue mediante contrato a término fijo, configurándose plenamente los elementos constitutivos del contrato de trabajo.

Respecto a la inconformidad del apelante en lo referente a la aplicación del decreto 356 de 1994, claramente los artículos 5 y 6 determinan:

"ARTÍCULO 5.- *Medios para la prestación de los servicios de vigilancias y seguridad privada. Los servicios de vigilancia y seguridad privada sólo podrán utilizar para el desarrollo de sus actividades aquellas armas de fuego, recursos humanos, animales, tecnológicos o materiales, vehículos e instalaciones físicas, y o cualquier otro medio autorizado por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada.*

ARTÍCULO 6.- *Modalidades para la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad privada. Los servicios de vigilancia y seguridad privada podrán autorizarse en cuatro (4) modalidades:*

1. Vigilancia fija. Es la que se presta a través de vigilantes o de cualquier otro medio, con el objeto de dar protección a personas o bienes muebles o inmuebles en un lugar determinado.

2. Vigilancia móvil. Es la que se presta a través de vigilantes móviles o cualquier otro medio, con el objeto de dar protección personal, bines muebles o inmuebles en un área o sector delimitado.

3. Escolta. Es la protección que se presta a través de escoltas con armas de fuego, o de servicios de vigilancia y seguridad privada no armados a personas, vehículos, mercancías o cualquier otro objeto, durante su desplazamiento.

4. Transporte de valores. Es el servicio de vigilancia y seguridad privada que se presta para transportar, custodiar y manejar valores y el desarrollo de actividades conexas."

El apelante asegura que las dos empresas se encuentran enmarcadas en el ordinal 4 del artículo 6, es decir que se dedican al transporte de valores, y que ambas pertenecen al grupo Thomas Greg & Son; para el caso independiente si pertenecen o no a un mismo grupo empresarial, este proceso lo que pretende es la declaración de una relación laboral entre el demandante y la empresa Prosegur SA, relación que como se dejó sentado no se logró demostrar con el material probatorio arrimado al plenario. En cuanto a que las dos empresas se dedican al transporte de valores, no quedo demostrado, pues claramente el objeto social de Prosegur SA lo es en efecto el transporte de valores, entre otros, y el de Emposer SAS lo es el de escolta, conforme lo normado en los ordinales 3 y 4 de la norma en comento.

Analizado lo expuesto, se advierte que le asiste razón al juez de instancia al negar las pretensiones de la demanda y absolver a Prosegur de Colombia SA, al encontrar probada la existencia entre el demandante y Emposer SAS de un contrato de trabajo a término fijo, en tanto, no existe prueba que permita acreditar que el actor tenía un contrato de trabajo con la empresa Prosegur de Colombia SA.

En consecuencia, al no observarse la vulneración al principio de la primacía de la realidad sobre las formas alegada por el recurrente, se impone la **CONFIRMACIÓN** de la sentencia apelada.

COSTAS. Sin costas en la instancia.

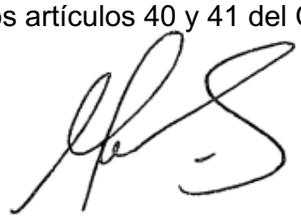
En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada emitida el 11 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

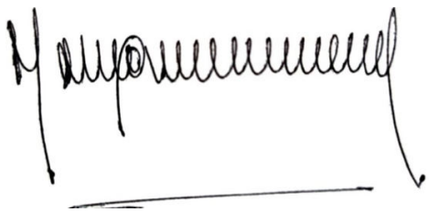
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 29-2021-00431-01

Bogotá D.C., Marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ELIZABETH BRAVO BECERRA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP SKANDIA S.A., PROTECCION SA.
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37627008 y TP 221228 del CSJ, según poder otorgado por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA CC 1.037639320 y TP.123.148 del CSJ. En su condición de representante legal de la firma ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general allegado.

Colpensiones y AFP Skandia SA, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ELIZABETH BRAVO BECERRA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP SKANDIA SA, Y PROTECCION SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la **ELIZABETH BRAVO BECERRA** del ISS a Skandia el 1 de diciembre de 1995.
-Se ordene a AFP Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, a título de aportes y junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales.
- Se ordene a Colpensiones realizar las gestiones pertinentes para anular el traslado; y se le ordene recibir a **ELIZABETH BRAVO BECERRA** sin solución de continuidad.
-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 16 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 21 de 2022 y también se acepta en llamamiento en garantía a Mafre Colombia Vida Seguros SA, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito. Mafre contesta la demanda y el llamamiento en garantía, oponiéndose a los mismos, según auto de junio 15 de 2022.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 29 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 2 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen de **ELIZABETH BRAVO BECERRA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP SKANDIA SA el 9 de noviembre de 1995. En consecuencia declarar que para todos los efectos regañes la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM. Ordeno a AFP PROTECCION SA devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación de **ELIZABETH BRAVO BECERRA** como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se conceden treinta días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Ordenar a Colpensiones recibir de Protección todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por cotizaciones y rendimientos financieros, y actualizar la historia laboral. Sin Costas. Absolvió a Mafre Colombia Vida Seguros SA de todas las pretensiones formuladas

en su contra. **CONCEDIÓ** recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita aclarar la decisión en cuanto a la orden de devolución a Colpensiones se deben incluir los aportes a seguros previsionales, y los gastos de administración.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Pensionar hoy SKANDIA S.A., efectuado por **ELIZABETH BRAVO BECERRA** el día 9 de noviembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP SKANDIA SA Y PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.**3.** Si hay lugar a devolver los aportes a seguros previsionales y gastos de administración a Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Pensionar hoy SKANDIA S.A. el 9 de noviembre de 1995 (f.35 contestación Skandia); luego el 22 de febrero de 2011 se trasladó a AFP ING hoy PROTECCION SA (F- 44 contestación Protección).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional

debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP SKANDIA SA aporto: formulario de afiliación, certificado de traslado de aportes, estado de cuenta, historia laboral SIAFP, derecho de petición de agosto 27 de 2021 y respuesta a petición. ; AFP PROTECCION SA: aporto AS400, movimiento de cuenta de ahorros, SIAFP, formulario de afiliación a ING febrero 22 de 2011, respuesta a queja, historia laboral Protección, concepto SIF diciembre 29 de 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de noviembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió

información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 9 de noviembre de 1995, la demandante tenía 415.71 semanas (f.48 contestación Protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 20 de mayo de 1965 f.13 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1.692.86 semanas, (f.48 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle

la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP SKANDIA S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP Pensionar hoy SKANDIA S.A., el 9 de noviembre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que las AFP SKANDIA Y PROTECCION S.A. tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede

validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, respecto a la inconformidad de Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta en su favor, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2022 por el Juzgado 29 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP SKANDIA SA, al igual que el AFP PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculada a esos fondos, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

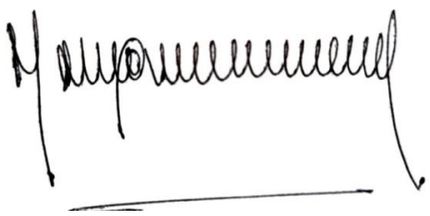
SEGUNDO: **Sin COSTAS** en esta instancia.

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

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Elizabeth Bravo Becerra
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**029-2021-00431-**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, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4f78d9e40b622d1e168622f8066948a39fb972e522a9c036e22768392649f19a**

Documento generado en 31/03/2023 11:00:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 030-2018-00343-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ANA FELISA FAURA CASTRO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A.
AFP PROTECCIÓN SA.
AFP COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante y las entidades demandadas -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.- a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 12 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ANA ELISA FUARA CASTRO,** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y las **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN**

S.A., como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

- DECLARAR que no es válido y por ende ineficaz el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP PORVENIR S.A.

-**DECLARAR** que continua válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

PRETENSIONES CONDENATORIAS.

-CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los rendimientos financiero.

-CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes que sean trasladados de su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros.

-Costas procesales.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado de conocimiento, mediante auto dictado el 4 de julio de 2018, admitió el escrito de demanda y ordenó la notificación a las entidades accionadas -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.-

Así mimo, mediante providencia emitida el 21 de febrero de 2020, el Juzgado dispuso, la vinculación de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., como litis consorte necesario por pasiva. (Folio 51 Carpeta 51)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Colpensiones, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la vinculación realizada al RAIS, goza de plena validez. Alegó las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (folio 96-99). En igual sentido se pronunció PORVENIR S.A., como quiera que adujo que la demandante no allego prueba sumaria de las razones que sustentan la ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual, por lo que considera que es totalmente valida.

Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y buena fe (carpeta 143 y 161)

Entre tanto, COLFONDOS S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que el formulario fue firmado por la demandante, de manera libre, voluntaria e informada. (carpeta 4).

Finalmente, PROTECCIÓN S.A., adujo oponerse a la prosperidad de las pretensiones, enunciando que, para la fecha de vinculación, realizó las proyecciones y comparativo, con el fin de determinar el panorama de las mesadas pensionales. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, entre otras. (Carpeta 8)

Por auto de fecha 5 de agosto de 2021, se admitieron los escritos de defensa presentados por PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. (carpeta 09)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30 Laboral del circuito de Bogotá,** el día 3 de mayo de 2022, profirió sentencia, en el siguiente sentido:

> ***"PRIMERO:*** *Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ANA ELISA FAURA CASTRO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.736.444 de Bogotá D.C., del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de Los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a partir del 1° de octubre de 1998, conforme a lo expuesto.*
> ***SEGUNDO:*** *Declárese válidamente vinculada a la demandante señora ANA ELISA FAURA CASTRO al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*
> ***TERCERO:*** *Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de mayo del 2003 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.*
> ***CUARTO:*** *Condénese a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que permaneció en dicho régimen esto es, a saber: PROTECCION S.A., desde el 1° de octubre de 1998 al 28 de febrero del 2002, y del 1° de noviembre del 2002 al 30 de abril del 2003. COLFONDOS S.A., desde el 1° de marzo del 2002 al 31 de octubre del mismo año. Dichas sumas deberán ser cubiertas con recursos propios del patrimonio de las administradoras y debidamente indexados.*
> ***QUINTO:*** *Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro*

individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.
SEXTO: *Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*
SEPTIMO: *Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por secretaría liquídense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($3'600.000) para cada administradora y a favor de la demandante.*
OCTAVO: *Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.*
NOVENO: *Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES."*

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicitó la modificación de la sentencia, bajo el argumento, que no tuvo injerencia en el acto de traslado realizado por la afiliada, ni la incentivo para que dicha actuación se surtiera, que acoger la suplicas invocadas por la demandante generaría un detrimento o perjuicio a la entidad, por lo que a su juicio PROTECCION S.A., debe ser la entidad encargada de reconocer el derecho pensional, ante la omisión en el deber de información.

Entre tanto **PROTECCION S.A.,** alego su inconformidad frente a la condena por cuotas de administración y seguros previsionales, ya que aduce que la misma no procede ante la excelente gestión en la administración de los recursos, además que acceder a dicha solicitud desconocería el derecho de restituciones mutuas, y generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, aunado a que se tratan de descuentos que también se deben efectuar en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en igual proporción. Enunció que estos rubros tienen una naturaleza diferente a la pensión, por lo que se han visto afectado por el fenómeno de la prescripción y que solo se generan cuando existe un daño o perjuicio, circunstancia que no se probó por parte de la asegurada.

Por su parte **PORVENIR S.A.,** preciso que la afiliación que realizó la demandante al régimen que administra fue completamente valida y eficaz, ya que el mismo cumplió los parámetros establecidos en la norma vigente para la época en que dicha actuación se surtió, esto es, brindó la asesoría correspondiente y respeto el derecho de libre elección de Régimen. Aseguró, que el deber de información ha tenido diversas etapas o fases, exigiéndose únicamente para la época del traslado, que no existiera coacción. Enunció que no resulta admisible que se exija material probatorio diferente al formulario, para acreditar la asesoría, además consideró que el hecho que la accionante hubiese realizado aportes y afiliaciones entre administradoras por mas de 20 años, daba cuenta que su voluntad era permanecer en el RAIS. Indicó que la única inconformidad de la demandante, radica en la cuantía de la mesada,

pero que su tasación se encuentra regulada en la Ley 100 de 1993, sin que pueda fijar la misma a su arbitrio. Finalmente manifestó que no se debió emitir condena por gastos de administración, ya que los respectivos descuentos se realizaron por mandato legal, sumado a que ejecutó una correcta administración del dinero y se generaron unos rendimientos.

Finalmente, **COLFONDOS** manifestó también su inconformidad frente a la condena por gastos de administración debidamente indexados, ya que aduce que, por la buena gestión en la administración de los recursos, se generaron unos rendimientos, no así ningún daño o perjuicio. Que, además se efectuó la compra de las pólizas y se destinó un porcentaje al fondo de solidaridad, por lo que se debió convocar a las entidades que se beneficiaron con ello, pues de lo contrario constituiría un enriquecimiento. Por último, señaló que ha actuado de buena fe y sujeta a las normas vigentes para la época en que se realizó la vinculación.

No obstante, la interposición de los recursos de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A., efectuado por ANA FELISA FAURA CASTRO el día 04 de agosto de 1998 **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA, COLFONDOS S.A. Y PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte a Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING actualmente PROTECCIÓN S.A., el 04 de agosto de 1998, luego el 25 de enero de 2002, se vinculó a la AFP COLFONDOS S.A., en tanto el 26 de marzo de 2003, se afilió a PORVENIR (fl. 164 de la carpeta 1 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la

posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el

régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía

de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: historia laboral, certificado de afiliación, formulario de afiliación, relación de movimientos y reporte de vinculaciones SIAFP; AFP PROTECCION: vinculaciones SIAFP, formulario de afiliación, constancias de traslado y comunicados de prensa. COLFONDOS: vinculaciones SIAFP y reporte de cuenta.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 04 de agosto de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el Régimen de Prima Media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindó toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en

la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 4 de agosto de 1998, la demandante tenía 617,14 semanas (f.55 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 06 de enero de 1963 f.28 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el año 2018, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir S.A., la demandante había cotizado 1,825 (f. 45 expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de

régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP ING actualmente PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN, el 04 de agosto de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que la AFP COLFONDOS Y PORVENIR S.A., tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, cabe precisar que respecto del demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, como quiera que la Corte consideró:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en cuanto a la inconformidad de las demandadas relacionada con la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estos tendra que ser devueltos por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad***

Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos*, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARÁ la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, como tampoco las prestaciones que de alli se deriven, por tanto se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP PROTECCION SA, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una de las mencionadas entidades.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

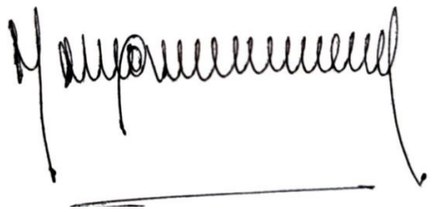
RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR la** sentencia proferida el 03 de mayo de 2022 por el Juzgado 30 Laboral el Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PROTECCION SA, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente, a cargo de cada una de las entidades mencionadas y a favor del demandante.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

30-2018-00343-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ana Felisa Faura Castro
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**030-2018-00343-**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, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en providencias 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9b1b8479a66859e0cc6ca7a3e28bd83551883b8185275cd34aa53886d9c74ff0**

Documento generado en 31/03/2023 11:03:58 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 33-2019-00793-01

Bogotá D.C., Marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LILIA ROSA PABON MARTINEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A., PROTECCION SA.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: DEMANDANTE, PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA CC 51.713.048 y TP 67612 del CSJ, según poder otorgado por CLAUDIA LILIANA VELA CC 65.701.747 y TP.123.148 del CSJ. En su condición de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general allegado.

Las partes, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LILIA ROSA PABON MARTINEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, Y PROTECCION SA como aparece

en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado por la demandante **LILIA ROSA PABON MARTINEZ** al RAIS administrado por AFP PORVENIR SA.
-Se condene a AFP Porvenir SA a la devolución de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional, junto con rendimientos.
- Se ordene a Colpensiones recibir de Porvenir todos los valores correspondientes a la afiliada **LILIA ROSA PABON MARTINEZ**.
-Que se condene a las demandas ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 11 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda Colpensiones y Porvenir SA en tiempo, y se tuvo por no contestada a Protección SA, como consta en auto de mayo 6 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 33 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 31 de agosto de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **LILIA ROSA PABON MARTINEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 23 de abril de 1996, con efectos a partir del 1 de junio de 1996 por parte de AFP Porvenir SA. Declaro que **LILIA ROSA PABON MARTINEZ** se encuentra afiliada al RPM administrado por Colpensiones. ORDENO a la AFP PORVENIR SA trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual de **LILIA ROSA PABON MARTINEZ** a Colpensiones junto con los intereses, rendimientos y bonos pensionales. ORDENO a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar a la filiada **LILIA ROSA PABON MARTINEZ** al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral.
CONDENAR a Porvenir y Protección a trasladar los dineros recibidos por gastos de administración al RPMPD administrado por Colpensiones por el tiempo de vinculación a cada fondo. Declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a Protección y Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación al demandante, Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El DEMANDANTE apela la decisión, solo sobre la condena en costas, pues Colpensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda, y por lo tanto fue vencida en juicio, y a voces del artículo 365 del CGP debe ser condenada en costas.

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando la revocatoria del fallo, al considerar que no se puede aplicar la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, pues en este caso los traslados se dieron de manera pacífica y sin presiones, de manera informada como lo manifestó la demandante en el interrogatorio de parte.
Para la fecha en la que se trasladó a Porvenir no se existía un deber de información, pues solo se exigía la firma del formulario donde expresamente constaba una leyenda donde manifestaba que se le había brindado la información requerida.
También le correspondía a la demandante conocer todas las implicaciones que tenía su traslado, ya que la ignorancia en la ley no es excusa.
No está de acuerdo con la condena en costas, pues el acuerdo que regula la imposición de las mismas, ya que la labor de la parte actora no puede considerarse de amplia complejidad, pues el asunto de las ineficacias está ampliamente decantado por la jurisprudencia.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia en su totalidad ya que el fallo afecta el funcionamiento de Colpensiones, pues la demandante no está disminuida en su capacidad para decidir su futuro pensional, tampoco hizo uso del retracto. Se afecta gravemente la sostenibilidad financiera del sistema conforme al artículo 48 de la Constitución. Esta decisión de ineficacia afecta el patrimonio público.
No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **LILIA ROSA PABON MARTINEZ** el día 23 de abril de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.**3.** Si hay lugar a condenar en costas a Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con

prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 23 de abril de 1996 (f.76 demanda, F 28 contestación Porvenir); luego el 19 de noviembre de 1999 se trasladó a AFP COLMENA; luego el 1 de abril de 2000 a ING; y el 31 de octubre 2002 a PORVENIR SA (F- 28 SIAFP contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de

2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporto: SIAFP, respuesta nulidad, relación de aportes, relación de movimientos, historia laboral,formularios de afiliación, certificado de afiliación, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera ; AFP PROTECCION SA : se tuvo por no contestada la demanda.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de abril de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la

ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 23 de abril de 1996, la demandante tenía 13 semanas (f.119 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 30 de septiembre de 1965 f.73 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.230 semanas, (f.119 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos

derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 23 de abril de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene

explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual

con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

El demandante muestra su inconformidad con la no condena en costas en primera instancia a Colpensiones, pues considera que fue vencida en juicio y se opuso a las pretensiones; sobre el particular, la sala concuerda con el argumento expuesto por el a quo, pues se considera que Colpensiones no participo de la decisión de trasladarse que afecto a la demandante, por falta de consentimiento informado. Pues como se dijo, este deber estaba en cabeza exclusivamente del fondo privado Porvenir SA, quien no demostró haber suministrado la información veraz exigida para este tipo de traslados.

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 31 de agosto de 2022 por el Juzgado 33 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculada a esos fondos, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITAN

Salvo voto

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ,D.C.
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE LILIA ROSA PABÓN MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.

Magistrada Ponente: Marceliano Chavéz Ávila

Con el respeto debido para con la mayoría de la sala, me aparto de la decisión tomada al resolver la apelación de la sentencia de primera proferida dentro del proceso de la referencia, en cuanto no reconoció las costas reclamadas por la demandante frente a Colpensionesporque de "conformidad con el artículo 365 del CGP, las costas son a cargo de la parte vencida en el proceso, sin embargo, en este caso, se considera que le asiste razón a la entidad recurrente Colpensiones, en cuanto a que no debió disponerse tal rubro frente a esa Administradora, en la medida en que no tuvo ninguna injerencia en el acto de traslado de régimen pensional, así como tampoco le era dable resolver sobre la situación de ineficacia que aquí se discutió" las costas son la erogación económica que le corresponde asumir al litigante que resulte vencido en el proceso, las cuales están conformadas por las expensas y las agencias en derecho, que, en cuanto a este último rubro, también ha sido pacífico el criterio, que corresponden a "(…) la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aún cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho. No obstante, como lo señalan los intervinientes y lo ha explicado la propia Corte, esos valores son decretados a favor de la parte y no de su representante judicial, sin que deban coincidir con los honorarios pactados entra ésta y aquel (CC C-089-02)".

Como se explicó en dicha decisión de la Corte Constitucional, cuando se refirió a las reglas de la imposición de las costas en el antiguo CPC, pero que el legislador procesal siguió derroteros idénticos en el CGP, para la aplicación

de esta institución se sigue un criterio objetivo, "(…) pues "se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento", sino también para la determinación de aquellas en cada uno de sus componentes, siguiendo en este punto la teoría moderna procesal pues, como lo señala Chiovenda, "la característica moderna del principio de condena en costas consiste precisamente en hallarse condicionada al vencimiento puro y simple, y no a la intención ni al comportamiento del vencido (mala fe o culpa)". En efecto, aún cuando el carácter de costas judiciales dependerá de la causa y razón que motivaron el gasto, y la forma en que se efectuó[5], su cuantificación está sujeta a criterios previamente establecidos por el legislador, quien expresamente dispuso que "solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"

Así, que el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

> *"(…) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (…)".*

Bajo tales presupuestos, es claro que la condena en costas atiende un criterio netamente objetivo, en la medida que no se evalúa la conducta de las partes (temeridad o mala fe), debiendo valorarse únicamente la configuración de cualquiera de las hipótesis previstas por el legislador en la norma transcrita. Al respecto, recuérdese que, tal como lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia, la finalidad de las costas es la de "otorgar a la parte vencedora una razonable compensación económica por la gestión procesal que realizó" (Sala de Casación Civil y Agraria, auto de 25 de agosto de 1998). Y en similares términos se pronunció la Sala de Casación Laboral al indicar que "las costas son una simple consecuencia procesal del ejercicio de la acción o de la excepción" (sentencia del 20 de noviembre de 2007, con radicación No. 32200).

Se insiste, en que el criterio de la imposición de las costas es objetivo, por cuanto ellas tienen como propósito indemnizar por los gastos y quebrantos económicos sufridos por la parte que injustamente es llevada al proceso, o, en otras palabras, resarcir de alguna manera los gastos realizados por quien tuvo la necesidad de acudir al aparato jurisdiccional en defensa de sus derechos, que al final le fueron reconocidos, o al contrario, reconocerle al

convocado al proceso, esas mismas erogaciones que tuvo que soportar para ejercer su defensa contra las pretensiones.

En este caso, es cierto que la demandada Colpensiones no intervino en la operación de traslado de régimen pensional cuya ineficacia solicitó la parte actora por la falta de información veraz y suficiente en que incurrió la administradora del RAIS, pero olvida la mayoría de la Sala, que la entidad pública participó activamente en la oposición de las pretensiones de la demanda, esto es, que desde el principio ejerció contradicción contra los pedimentos del demandante, tratando de descartar los elementos que habilitan esa ineficacia, y por tal razón, sumó su posición a la de la AFP, para intentar aplacar los derechos del promotor del litigio. Y tal sentido, la parte actora, tuvo que sufragar unos gastos para hacer ver al juzgador que la oposición tanto de la entidad pública como del organismo privado no se acompasaban con el criterio jurídico imperante en este tema.

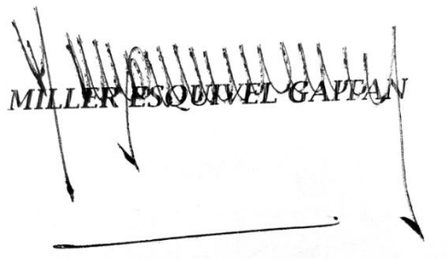
No es simplemente que la entidad pública, objetivamente no tenga mayor incidencia en la época en que la parte actora llevó a cabo el traslado de régimen, sino verificar cómo se comportó en el momento de ser convocada al proceso, porque, si su actuación es la normal a todo demandado, consistente en presentar excepciones de mérito que contrarresten las pretensiones, incluso excepciones previas, y en general, hacer oposición en toda la instancia con los mecanismos ordinarios, lo cual implica un desgaste procesal y económico para el demandante, es claro que, por ese ejercicio del litigante vencido, tendrá que asumir el resarcimiento a quien salió victorioso.

Lo objetivo es que el litigante vencedor, si se produce una estimación total de su demandada, o si habiendo sido demandado resulta absuelto, tendrá derecho a percibir las costas de la parte contraria, recuperando así, en parte, lo que abonó en esa actividad; solo si la estimación o desestimación de las pretensiones es parcial, o si se presentan serias dudas sobre la actividad procesal del litigante victorioso, es plausible dejar que cada litigante asuma sus propios gastos, pero mientras se pueda verificar la oposición de la parte vencida, a ésta se le tendrán que imponer las costas, como ocurre en este caso, en donde no resulta lógico ni razonable que Colpensiones, precisamente, al no haber participado en el traslado inicial de régimen pensional, en el proceso

se haya opuesto con toda intensidad a la prosperidad de las pretensiones de ineficacia, generando, se reitera, unos gastos de apoderamiento y defensa de sus derechos en la parte actora, que deben ser resarcidos.

Entonces, como es inescrutable, que Colpensiones fungió como parte dentro del proceso al oponerse a las pretensiones y formulando excepciones de fondo, tanto, que propuso recurso de apelación para obtener la revocatoria total de la decisión de primera instancia, debe correr con las costas por su actuación.

Dejo así a salvo el voto.



ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Lilia Rosa Pabón Martínez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**033-2019-00793-**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 mí 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0e0b8125ce021fdb2dfa58a526d84e851202e7bc58c53b57c4be97bd05e67379**

Documento generado en 31/03/2023 10:38:06 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 33-2021-00502-01

Bogotá D.C., Marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A., PROTECCION SA.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ como apoderado principal de Porvenir SA, conforme al poder que reposa en el expediente. Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO CC 1.020.786.735 y TP 300.432 del CSJ, según poder otorgado por CLAUDIA LILIANA VELA CC 65.701.747 y TP.123.148 del CSJ, en su condición de representante legal de la firma CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general allegado.

La demandante, Porvenir y Colpensiones a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 12 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, Y PROTECCION SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación efectuado por el demandante **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO** al RAIS administrado por AFP COLMENA HOY PROTECCION SA, por falta de consentimiento informado.
-ORDENAR a AFP Protección SA la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO** como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con rendimientos, gastos de administración.
- Se ordene a Colpensiones y protección efectuar los trámites para activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida.
-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de marzo 22 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de mayo 11 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 33 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de agosto de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 10 de octubre de 1995 administrado por AFP COLMENA HOY PROTECCION SA. Declaro que **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO** se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones. ORDENO a la AFP PROTECCION SA trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual de **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO** a Colpensiones junto con los intereses, rendimientos y gastos de administración. ORDENO a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación a **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO** al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral. ORDENO a Porvenir y Protección a trasladar los montos recibidos por gastos de administración al RPMPD administrado por Colpensiones por el tiempo

de vinculación a cada fondo de su propio patrimonio. Declaro no probadas las excepciones y condeno en costas a Protección y Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

AFP PORVENIR SA apela la decisión solamente en cuanto a los gastos de administración. No procede la devolución de los gastos de administración de acuerdo con la ley 100/93, pues están regulados en el 3% de los aportes en los dos regímenes, y no forman parte integral de la pensión de vejez del demandante, y por tanto están sujetos al fenómeno de la prescripción.
Al ordenarse la devolución de los gastos de administración a Colpensiones se configura un enriquecimiento sin causa, ya que no existe norma legal que ampare esta devolución. El artículo 113 de la ley 100/93 establece cuales son los dineros que se devuelven en caso de cambio de régimen pensional, que es el saldo de la cuenta de ahorro y los rendimientos, evidenciándose que los gastos de administración no están dentro de los que financian la pensión.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia en su totalidad ya que el demandante no cumple con los requisitos legales y jurisprudenciales para trasladarse. No acredito que hubieses existido algún tipo de engaño por parte el AFP en que estuvo vinculado que diera paso a declarar la ineficacia. La ley 797 de 2003establece la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando falten 10 años o menos para llegar a la edad pensional, prohibición en la que se encuentra inmerso el demandante.
El demandante al suscribirlos formularios acepto las condiciones del RAIS por su propia voluntad.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA HOY PROTECCION S.A., efectuado por **SAMUEL ERNESTO PINTO PINTO** el día 10 de octubre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y PROTECCION SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida (Caprecom) solicitó trasladarse a la AFP COLMENA HOY PROTECCION SA el 10 de octubre de 1995 (f.38 demanda); luego el 1 de octubre de 1996 se trasladó a AFP HORIZONTE SA(f.74 contestación Porvenir); luego el 14 de junio de 2000 a ING; luego el 17 de julio de 2009 se trasladó a Colpensiones, y el 5 de noviembre 2014 a PROTECCION SA (F- 89 contestación Protección).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y

jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporto: SIAFP, formulario afiliación, página del tiempo enero 14/04, comunicado de prensa, concepto Superfinanciera, historia laboral, relación de movimientos, relación de aportes, certificado de egreso, respuesta a petición ; AFP PROTECCION SA :historia laboral, movimiento cuenta de ahorro individual, resumen historia laboral para bono, SIAFP, respuesta a petición, Multiafiliacion del demandante, políticas de ejecutivos comerciales para vincular personas naturales, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de octubre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener

una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 10 de octubre de 1995, el demandante tenía 30.57 semanas (f.45 contestación Protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 2 de marzo de 1963 f.17 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Protección SA, el demandante había cotizado 913.86 semanas, (f.75contestación Protección SA) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLMENA HOY PROTECCION SA.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLMENA S.A., el 10 de octubre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION SA Y PORVENIR S.A. tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó***

entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata,

como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 10 de agosto de 2022 por el Juzgado 33 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP PROTECCION SA durante el lapso que estuvo vinculado a esos fondos, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

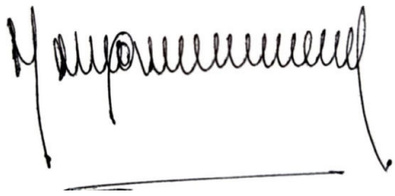
SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante.

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

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Samuel Ernesto Pinto Pinto
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**033-2021-00502-**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 mí 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **5f58e274f293466eab820369228c43ed2abf06a6b7bff4cfaaaf3f76f05ad380**

Documento generado en 31/03/2023 10:38:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 35-2021-00578-01

Bogotá D.C., Marzo 31 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR S.A., AFP COLFONDOS SA.
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR Y COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 12 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada de AFP PORVENIR SA a la abogada ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ CC 1.140.887.921 y TP 369.821 del CSJ, quien hace parte de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS a quien Porvenir SA otorgo poder general que se allega.

El demandante, Porvenir y Colpensiones a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 2 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR SA, Y COLFONDOS SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación efectuado por el demandante **CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES** al RAIS administrado por AFP COLFONDOS SA, por falta de consentimiento informado.
-DECLARAR que Colfondos debe reintegrar a Colpensiones los gastos de administración 1995 y 1996. Declarar que Porvenir debe reintegrar los gastos de administración a Colpensiones desde 1996 en adelante. Que Porvenir debe trasladar a Colpensiones los aportes junto con los rendimientos. Que Colpensiones debe actualizar la afiliación de **CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES** al RPMPD.-Que se condene a las demandas en costas, y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 2 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de junio 22 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 12 de julio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por AFP COLFONDOS SA, y ordenar a AFP PORVENIR SA trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con rendimientos. CONDENAR a COLFONDOS Y PORVENIR apagar de su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración durante el tiempo que permaneció afiliado a cada fondo. CONDENO a Colpensiones a volver a afiliar a **CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES** al RPM y recibir todos los aportes que hubiere efectuado a Porvenir. Condeno en costas a Colfondos. **CONCEDIÓ** recurso de apelación Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES solicita revocar la sentencia, y absolver a Colpensiones. Acogiendo entre otras la sentencia C 1024 de 2003 que establece que nadie puede ser subsidiado por otro en el RPM y en el RAIS, esta ineficacia afecta la estabilidad financiera de Colpensiones. El demandante estuvo durante más de 27 años en el RAIS y muy pocos años en el RPM. El demandante está obligado a conocer las normas y no es un afiliado lego. La sentencia no está aplicando el principio de inescindibilidad. Solicita se autorice a Colpensiones para cobrar los perjuicios materiales que le acarrea esta ineficacia. Solicita se autorice el traslado a Colpensiones de las primas de seguros previsionales. Y no condenar en costas a Colpensiones-

AFP PORVENIR SA apela la decisión solicitando revocar la sentencia, pues si bien existe una línea jurisprudencial de ineficacia del traslado por violar el deber de información, este solo se aplica de manera diferenciada; y en el caso del demandante no se presenta, pues él se afilio de manera libre y voluntaria, y de acuerdo a la ley que regía en 1995, ya que los requisitos sobre información solo se exigieron con posterioridad.
Cuando firmo el formulario certifico haber recibido información. En la devolución de rendimientos, estos no se pueden devolver, porque si las cosas vuelven al estado anterior, los aportes nunca pudieron producir rendimientos.
Los gastos de administración son un derecho que tienen los fondos por ley, y fueron debidamente invertidos. Sobre los seguros previsionales, no están en poder del fondo, pues fueron entregados a las aseguradoras para cubrir los riesgos.
No hay lugar a condena en costas.

No obstante, la interposición de los recursos de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **CARLOS HUMBERTO MIRANDA COLMENARES** el día 1 de agosto de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA Y COLFONDOS SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 1 de agosto de 1995 (f.124 demanda); luego el 29 de mayo de 1996 se trasladó a AFP PORVENIR SA (f.118 demanda).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017

Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

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

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.

10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporto: historia laboral, relación de movimientos, certificado de afiliación, invitación de Porvenir, afiliación a Porvenir, comunicado de prensa, respuesta a petición, consulta Asofondos, SIAFP, bono pensional, historia laboral bono, comunicado de prensa, consulta SIF; AFP COLFONDOS SA: historia vinculaciones SIAFP, formulario de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de agosto de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no

solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 1 de agosto de 1995, el demandante tenía 305.2 semanas (f.26 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 28 de abril de 1959 f.110 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir SA, el demandante había cotizado 1,387 semanas, (f.96 y 97 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta

Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS SA.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 1 de agosto de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS SA Y PORVENIR S.A. tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene

explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (…)

(…) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

"(…) 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 identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es ***que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

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

Del mismo modo, en cuanto a la inconformidad de Colpensiones, y en grado jurisdiccional de consulta a su favor, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en

la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)"*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 12 de julio de 2022 por el Juzgado 35 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán AFP PORVENIR SA, al igual que el AFP COLFONDOS SA durante el lapso que estuvo vinculado a esos fondos, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

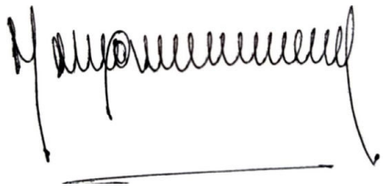
SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR SA. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

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

Aclaro voto

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA **LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carlos Humberto Miranda Colmenares
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**035-2021-00578-**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 mí 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

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9aef3ea7ec19d7fbd2d6ad98a4f4687e3e4881f9d18470546bfa1d0bf67809d9**

Documento generado en 31/03/2023 10:38:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 38-2019-00150-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JHON ALVARO CARDENAS NOREÑA**
DEMANDADO: **SEGURIDAD LINEA AZUL LTDA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38º Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 20 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I-ANTECEDENTES

JHON ALVARO CARDENAS NOREÑA, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad SEGURIDAD LINEA AZUL LTDA, debidamente sustentada como aparece en el expediente digitalizado de folios 2 a 21, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

En cuanto a las declarativas, que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 29 de abril de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, como guarda de seguridad en dos turnos de cada cuatro días de 6am a 7pm, y noche de 6pm a 6am; que no le cancelaron las prestaciones sociales, seguridad social ni recargos nocturnos.

En cuanto a las condenatorias, se condene a la demandada a cancelar las cesantías, intereses sobre cesantías, vacaciones, moratoria del artículo 65 del CST, cotizaciones a pensiones, indexación, ultra y extra petita, y costas procesales a la demandada.

Mediante auto del 6 de marzo de 2019 se inadmitió la demanda, y una vez corregida, el Juzgado de origen admitió la DEMANDA mediante auto de marzo 18 de 2019, y se ordenó notificar la misma a la demandada.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

La compañía SEGURIDAD LINEA AZUL LTDA, contestó la demanda, tal como se advierte del escrito que obra de folio 63 a 87 del expediente digital, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 25 de febrero de 2020, el Juzgado de origen inadmitió el escrito de defensa presentado por la accionada, concediendo cinco días para corregir las falencias, una vez trascurridos sin que se subsanaran los yerros, mediante auto de marzo 11 de 2020 se tuvo por no contestada la demanda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA:

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** agotadas las etapas procesales dictó sentencia el 26 de agosto de 2021, en el siguiente sentido:

> ***PRIMERO: DECLARAR*** *que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 29 de abril de 2016 y el 31 de diciembre de 2016.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada a pagar a favor del demandante la suma de $25.463.871.oo como indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por no pago oportuno de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo laboral.*
>
> ***TERCERO****: CONDENAR a la demandada a pagar si aún no lo ha hecho los aportes a seguridad social en pensiones por los meses de septiembre a diciembre de 2016 con el salario mínimo de esa época, al fondo de pensiones que se encuentre afiliado, todo con cargo a la demandada.*
>
> ***CUARTO****: Absolver de las demás pretensiones****.***

QUINTO: *Requerir a la oficina de depósitos judiciales para que realice la conversión de los depósitos judiciales por $579-510.oo y$305.314.oo a órdenes de este juzgado para el pago de las acreencias laborales.*

SEXTO*: Condenar en costas a la demandada.*

RECURSO DE APELACION:

Inconforme con la anterior decisión, la parte de demandada presenta y sustenta recurso de apelación.

Empieza por solicitar se revoque en cuanto a la indemnización moratoria por falta de pago, pues como lo dijo la representante legal, la demora se debió a un error de un funcionario de la empresa que no incluyo en nómina la liquidación final del trabajador, no habiéndose probado por el demandante la mala fe de la empresa.

Según el interrogatorio de parte de la representante legal, confeso que se había requerido al demandante para que se acercara a recibir su liquidación, y no se acercó a reclamar, también se negó a llegar a una conciliación.

El no pago de las prestaciones fue por error de un tercero que no incluyo en nómina la liquidación de retiro, y el demandante no demostró que hubiera mala fe.

La seguridad social en pensiones ya fue cancelada, solicita no se condene a la indemnización por falta de pago.

II-CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

Los problemas jurídicos se centran en determinar**:** Si hay lugar a la condena por indemnización moratoria.

Antes de adentrarnos a resolver los cuestionamientos precedentemente señalados, cabe mencionar que en esta instancia no existe discusión sobre la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el demandante **y la demandada** desde el 29 de abril de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016, pues así se determinó en el fallo de primera instancia y no hubo inconformidad de ninguna de las partes sobre este particular.

La controversia se surte frente a la indemnización moratoria por retardo en el pago de las prestaciones sociales.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA:

Frente a la inconformidad de la apelante, relacionada con la indemnización moratoria, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

A lo anterior se agrega, que su aplicación no opera de forma automática, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012 y SL 1782 de 2020).

Así las cosas, según reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, conlleva ciertamente una presunción de mala fe en contra del empleador, por lo que este debe acreditar que la falta de pago de esas acreencias estuvo enmarcada en circunstancias y hechos indicativos de buena fe, de lo contrario deberá acarrear con el pago de esa sanción.

En ese sentido, debe indicarse que la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de Radicación SL1782-2020, indicó que:

"Al respecto, sabido es que la indemnización moratoria surge con el incumplimiento del empleador de algunas obligaciones frente al trabajador –salarios y prestaciones sociales-, por lo que goza de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos que guiaron la conducta del mismo.

Significa lo anterior que para la aplicación de esta sanción, el sentenciador debe analizar en cada caso si la conducta del empleador estuvo justificada

con argumentos que, pese a no resultar viables o jurídicamente acertados, sí puedan considerarse atendibles y justificables, en la medida en que, razonablemente, lo hubiesen llevado al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador, lo cual, de acreditarse, conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe".

En relación con este tema, en reciente fallo de la Sala de Casación Laboral SL2175 Rad.75487 de mayo 24 de 2022, se reiteró:

"Es un tema pacifico el hecho de que en tratándose de indemnización moratoria, la buena fe, equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, de que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin probidad o pulcritud (CSJ SL 691 de 2013).

Y es que la indemnización moratoria obedece a una sanción por el no pago de salarios y prestaciones sociales y no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados o liquide indebidamente, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que razonablemente lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos (CSJ SL3288-2021, reiterada en CSJ SL5290-2021).

En esa línea de pensamiento la indemnización moratoria constituye una pretensión autónoma, comporta una condena adicional a las requeridas que si bien se deriva del no pago de prestaciones sociales, no se encuentra implícita en ellas y, por el contrario, requiere de una valoración jurídica y probatoria por parte del juez. No es inescindible ni consustancial, al pago de prestaciones sociales, como tampoco opera de manera automática frente a la indebida liquidación (CSJ SL3288-2021, reiterada en CSJ SL 5290-2021)."

Así las cosas, se tiene que la parte demandada, alega que el no pago de la liquidación de prestaciones sociales en tiempo obedeció a un error humano de un empleado de la empresa que no incluyo en la nómina la liquidación. Agrega además, que en varias ocasiones se le requirió para que fuera a recibir la liquidación pero el trabajador no atendió el llamado.

Sobre estas afirmaciones con las que pretende desvirtuar la mala fe de su proceder, no allega ninguna prueba que lo libere de la obligación de pagar a la terminación del vínculo la liquidación de prestaciones sociales, y por el contrario afirma que efectuó el pago en forma tardía, como efectivamente se demostró en el proceso; mal puede esta Sala de decisión aceptar los argumentos de la apelante, cuando pretende demostrar su buena fe, precisamente en la supuesta acción de un tercero, que además, es también un empleado suyo que no incluyo en nómina la liquidación, cuando no solo demora el pago de las prestaciones, sino que las consigna mediante depósito judicial años después del fenecimiento del vínculo por renuncia del trabajador, en enero 29 de 2020 (folio 72 y 73 Cont. demanda), y cuando ya se había trabado la relación procesal; razón por la cual no se accederá a tal pedimento.

Por lo tanto, al no desvirtuarse esa mala fe por parte de quien figuro como empleador, se confirmara al pago de la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T., en los términos previstos en el fallo de primer grado.

III-COSTAS:

Por resultar desfavorable el recurso impetrado por la demandada habrá lugar a condena en costas en esta instancia, a su cargo y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de ½ salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

IV-RESUELVE

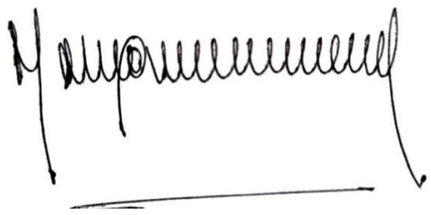
PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021, por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de la apelante y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de ½ salario mínimo legal vigente.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



MILLER ESQUIVEL GAITAN.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 016-2018-00717-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ELBA MARÍA PEREZ PRECIADO**
DEMANDADO: **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. BBVA COLOMBIA Y BETTY TINJACA.**
ASUNTO: **CONSULTA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, estudia el Grado Jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de la parte demandante y demandada, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 18 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora ELBA MARIA PÉREZ PRECIADO**,** instauró demanda ordinaria laboral en contra de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A BBVA

COLOMBIA, debidamente sustentada como en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que existió una convivencia y vida marital con el señor LUIS EDUARDO GUZMÁN CASTELLANOS, desde el año 1985 hasta el 26 de abril de 2018, fecha en que el asegurado falleció.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a **BBVA S.A**. a reconocerle y cancelarle en un 100% la pensión que venía recibiendo su compañero permanente.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada a pagar el retroactivo pensional generado desde el 27 de abril de 2018.
3. **CONDENAR** a la accionada a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
4. Costas procesales.

Por auto del 04 de junio de 2019, el Juzgado de origen admitió la demanda en contra de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A – BBVA COLOMBIA y en contra de la señora BETTY TINJACA (carpeta 9)

Así mismo por proveído del 3 de diciembre de 2019, el Juzgado de origen dispuso, ante el fallecimiento de la señora BETTY TINJACA, el emplazamiento de los herederos determinados e indeterminados, en los términos del artículo 29 del C.P.T y S.S. y designó curador Ad-litem, para que representara a los herederos indeterminados (carpeta 14)

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó demanda: BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA DE COLOMBIA S.A., oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que reconoció a favor de la señora Betty Tinjacá de Guzmán, la sustitución pensional con ocasión a la muerte del señor Guzmán Castellanos, como quiera que fue la única beneficiaria que cumplió a cabalidad con todos los requisitos exigidos por la ley para acceder a la prestación deprecada. Propuso las excepciones de

inexistencia de la obligación, buena fe, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, cobro de lo no debido, entre otras (cuaderno 13).

Entre tanto los herederos indeterminados de la señora BETTY TINJACA, dieron contestación por intermedio de curador Ad-litem, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción y compensación (carpeta 21)

El Juzgado de conocimiento mediante auto de fecha 03 de diciembre de 2019, admitió el escrito de contestación presentado por la compañía accionada, en tanto mediante providencia del 22 de octubre de 2021, tuvo por contestado el escrito inicial por parte de los herederos indeterminados de la señora BETTY TINJACA DE GUZMÁN.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 41° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ,** profirió sentencia en sentencia el 14 de junio de 2022, en el siguiente sentido:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER**, a la demandada BBVA S.A, de todas y cada una de las pretensiones elevadas por Elba María Pérez Preciado, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.*
>
> ***SEGUNDO: RELEVARSE,** el Despacho del estudio de las demás excepciones fondo formuladas por la parte demandada.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR**, en constas incluida las agencias en derecho a la parte demandante y a favor de BBVA S.A, en la suma única de $1.000.000.*
>
> ***CUARTO:** En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante."*

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante ELBA MARÍA PEREZ PRECIADO, alegando su calidad de compañera permanente es beneficiaria de la sustitución pensional que le fue reconocida al señor LUIS EDUARDO GUZMAN.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021. *"La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley."* Y que, por regla general, *"la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral."*

En este asunto no se encuentra en controversia que, el señor LUIS EDUARDO GUZMÁN CASTELLANOS**,** a quien la Caja de Previsión de Cundinamarca le reconoció una pensión de jubilación, por el tiempo laborado en el Banco Popular y el ISS, a partir del 9 de enero de 1993, en cuantía de $155.888 (carpeta 13) falleció el 26 de abril de 2018 (folio 21), por lo que la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece que:

> "*En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanentes supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte (…).*

Ahora, debe tenerse en cuenta que, a partir de la sentencia con rad. 41637 del 24 de enero de 2012, la Sala de Casación Laboral planteó que el cónyuge con unión matrimonial vigente, independientemente de si se encuentra separado de hecho o no de su consorte, puede reclamar legítimamente la pensión de sobrevivientes por su fallecimiento, siempre que hubiese convivido con el causante durante un interregno no inferior a 5 años, en cualquier tiempo. El anterior criterio se reivindicó en las sentencias SL7299-2015, SL6519-2017, SL16419-2017, SL6519-2017. SL 1399 de 2018, entre otras.

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014 y SL 1399 de 2018, se dijo:

> *"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado o afiliado, puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar."*

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, encontramos en primer lugar, que según se informa en el escrito de contestación y da cuenta el documento que reposa a folio 26 de la carpeta 13, que con ocasión a la muerte del pensionado LUIS EDUARDO GUZMÁN, la pensión le fue sustituida a favor de la señora BETTY TINJACA DE GUZMÁN, como quiera que acreditó el vinculo matrimonial y restante requisitos para la causación de la prestación. No obstante, la demandante ELBA MARÍA PEREZ PRECIADO, alegando su calidad de compañera permanente, aduce tener derecho a la pensión de sobrevivientes, en un 100% de la prestación inicial, por haber convivido con el pensionado desde el año 1985 hasta la calenda en que falleció.

A efectos de comprobar esa convivencia, la demandante allegó un documento suscrito tanto por el pensionado como por ella, que además fue autenticado ante la

Notaria 29 del Circulo de Bogotá, el 1 de marzo de 1990, a través del cual el asegurado LUIS EDUARDO GUZMÁN, solicitaba que, ante su fallecimiento la pensión de sobrevivientes le fuese reconocida a la señora ELBA MARÍA PEREZ PRECIADO.

Luego entonces del anterior material probatorio, si bien se evidencia que el señor GUZMÁN en vida adujo que su compañera permanente lo fue ELBA MARIA PEREZ, empero ello no alcanza a materializar esa convivencia dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento del asegurado, es decir, entre el 26 de abril de 2013 y el 26 de abril de 2018, fecha esta última en la ocurrió el deceso, pues además de que el mentado documento no relacionada los extremos temporales de esa relación, el mismo fue suscrito en el año 1990.

Ahora tampoco se puede derivar esa convivencia dentro de los últimos cinco años, del registro fotográfico incorporado al plenario, ya que en la sentencia T-269 de 2012, se dijo que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar, luego en el presente asunto de las fotos incorporadas, no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en lo que fueron tomadas, como tampoco arrojan certeza sobre el vínculo que se predica de las personas que allí aparecen ni revelan la existencia de una vida en común, enmarcada en lazos de ayuda y solidaridad entre el pensionado y la accionante, durante el lapso exigido por la Ley, es decir, carecen de esa autenticidad y certeza.

Adicionalmente, cabe mencionar que el acta de conciliación suscrita entre la demandante y el apoderado especial de CAPRECOM, ni la certificación laboral del tiempo de servicio prestado por la accionante a la mentada entidad, ni la historia clínica de la señora ELBA PEREZ PRECIADO, ni la información reportada por la Administradora de los recursos del Sistema General de Seguridad Social, da cuenta de esa convivencia efectiva entre la peticionaria y el pensionado, durante un lapso mínimo de cinco años previos al fallecimiento del asegurado.

Ahora, si bien el señor JAIME ERNESTO GUZMÁN TINJACA, en su calidad de hijo del pensionado fallecido, rindió declaración ante la Notaria 9° de Bogotá, indicando que su padre convivió de manera permanente, por un periodo de 20 años con la señora ELBA MARIA PÉREZ; no señaló los extremos temporales en los que se

presentó esa convivencia: "2.- *DECLARO QUE CONOZCO A LA SEÑORA ELBA MARIA PEREZ IDENTIFICADA CON CEDULA 51.724.176 DE BOGOTA, DESDE HACE MAS DE 30 AÑOS YA QUE ELLA CONVIVIO CON MI SENOR PADRE HOY FALLECIDO LUIS EDUARDO GUZMAN CASTELLANOS CON CEDULA 220.701 DE CHOACHI, DURANTE MAS DE 20 AÑOS DE FORMA PERMANENTE, AUXILIANDOLO Y ACOMPAÑANDOLO EN SUS NECESIDADES Y DOLENCIAS."* También indicó que uno de sus hermanos -FRANCISCO GUZMÁN TINJACA-, fue quien ayudó a su padre en los últimos cinco años de existencia, en compañía de la demandante, empero esta última afirmación no alcanza materializar esa convivencia efectiva.

Por otra se escucharon las declaraciones de los señores NESTOR RAÚL DIAZ CESPEDES y ANTONIO JOSE CABRERA, quienes afirmaron que la convivencia entre la pareja en mención, se presentó desde el año 1985 hasta el año 2018, llamando la atención de la Sala, que estos dos testigos no precisaron la época en que empezó esa relación, situación que ocurrió también al enunciarse cada uno de los hechos relacionados en el escrito de demanda, ya que solo se hizo referencia al año 1985, sin concretar siquiera el mes.

A lo que se debe adicionar que el señor NESTOR RAÚL DIAZ CESPEDES, al preguntársele sobre su actividad laboral entre los años 2013 a 2018, señaló que fue conductor de taxi, función que desarrollaba durante el día y parte de la noche, también manifestó que visitaba a la pareja dos meses al mes. En tanto el señor ANTONIO JOSE CABRERA, aseguró que las visitas al hogar de la demandante y el pensionado, ocurrían una vez al mes o cada dos meses. Así mismo los citados testigos mencionaron que fue la accionante y en ocasiones la hermana o mamá de ella, quienes estuvieron al cuidado del señor GUZMÁN.

Luego entonces, la prueba testimonial no genera a esta Sala una certeza o credibilidad, que permita determinar que el tiempo de convivencia entre la señora ELBA PÉREZ y LUIS EDUARDO GUZMÁN, se prolongó durante un tiempo mínimo de cinco años previos al deceso del asegurado, al ser contradictorias, ya que en principio las visitas al supuesto hogar conformado entre la pareja enunciada, no eran muy frecuente -*cada mes o dos meses*- a lo que se debe adicionar que el mismo hijo del pensionado da cuenta de un convivencia por 20 años, en tanto ellos describen que fue de aproximadamente 33 años. Además, la demandante aseguró que, durante los últimos años de vida del pensionado, éste también fue cuidado por uno de sus hijos, en tanto los testigos precisaron que esa ayuda solo se derivo de la accionante, y en algunas ocasiones le colaboraba la hermana o mamá de la señora PÉREZ PRECIADO.

Adicionalmente, las afirmaciones realizadas por los testigos resultan desvirtuadas por las documentales allegadas por la entidad convocada a juicio, como quiera que durante los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2017, el señor LUIS EDUARDO GUZMÁN, diligenció un formulario sobre actualización de datos del pensionado y de la posible beneficiaria de la pensión, señalando a su cónyuge BETTY TINJACA, documento en el que además se preciso que para su diligenciamiento nunca fue asistido, sin hacer referencia a la accionante (folio 11-18, carpeta 13).

Igualmente se allego un formulario de fecha 23 de junio de 2014, denominado "*designación beneficiarios seguro de vida*", relacionándose a la esposa -BETTY TINJACA DE GUZMAN- y a los hijos del pensionado (folio 19)

En este orden el material probatorio descrito, si bien da cuenta de una posible relación entre el accionante y el señor Luis Eduardo Guzmán, empero el mismo no alcanza a materializar que esa relación hubiese estado vigente durante los últimos cinco años de vida del pensionado, razón por la cual se confirmara la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de junio de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

16-2018-00717-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación Proceso especial de fuero sindical 23-2022-00507-01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EPS'S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN**
DEMANDADO: **FERNEY GUERRERO FAJARDO**
SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA EPS-S CONVIDA "SINRACONIDA"
ASUNTO : **FUERO SINDICAL PERMISO PARA DESPEDIR – LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL (APELACION DEMANDADO)**

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de proferir sentencia de segunda instancia, en el proceso de la referencia, que conoció el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá con providencia del 31 de enero de 2023.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La entidad **PROMOTORA DE SALUD EPS'S EN LIQUIDACIÓN,** obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda contra el señor **FERNEY GUERRERO FAJARDO**, para que previos los trámites de un proceso de fuero sindical, se ordene:

1. Se declare el despido, por JUSTA CAUSA, como consecuencia de la declaración de la liquidación judicial de la empresa PROMOTORA DE SALUD ESPS`S EN LIQUIDACIÓN, del trabajador FERNEY GUERRERO FAJARDO,

quien se encuentra vinculado como trabajador oficial de la empresa EPS`S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN.

2. Se ordene levantar el fuero sindical del señor FERNEY GUERRERO FAJARDO, en aras de no vulnerar ningún derecho del trabajador demandado.
3. Se conceda el permiso para dar por terminado el contrato laboral existente entre EPS`S CONVIDA hoy en liquidación judicial 7, el señor FERNEY GUERRERO FAJARDO sin desconocer sus derechos laborales.
4. Costas procesales.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que el demandante ingreso a laborar para la empresa demandada el 15 de abril de 1997 a través de contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de Profesional Universitario.

Que el actor se afilió al SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA ENITDAD ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO CONVIDA – SINTRACONVIDA, organización sindical de primer grado y de empresa, con personería jurídica, inscrita en el Ministerio de trabajo u Seguridad Social, mediante Resolución No 001 del 1 de diciembre de 2000.

Que en la actualidad, el actor ostenta el cargo de Suplente de la Junta Directiva del SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA ENITDAD ADMINISTRADORA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO CONVIDA – SINTRACONVIDA.

Que, la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No 2022320030005874 del 14 de septiembre de 2022, ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial de la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS'S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN, en los términos previsto en el Decreto 254 de 20000 y Ley 1105 de 2006 y en lo previsto en dichas normas. Señala que en dicha Resolución se nombró al señor HECTOR JULIO PRIETO CELY como agente especial liquidador.

Que, el agente liquidador elaboró el programa de supresión de cargo de CONVIDA EPS'S EN LIQUIDACIÓN, concluyendo que ya no se requería ningún cargo, por cuanto al entrar la empresa en liquidación, ya no es posible desarrollar el objeto social y por ende, ya nos e requieren los servicios del personal de la empresa; por el contrario, mantenerlos si genera un gasto.

Finalmente, que el demandante es integrante de la junta directiva del SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES DE LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL REGIMEN SUBSIDIADO CONVIDA – SINTRACONVIDA, y por ende goza de protección especial en condición de fuero sindical.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor FERNEY GUERRERO FAJARDO, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, conforme el auto proferido en audiencia el 23 de enero de 2023 (Archivo No. 08 del Expediente Digital), se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la parte demandante, y propuso excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 31 de enero de 2023, ordenando **LEVANTAR** la garantía constitucional de FUERO SINDICAL que ampara al demandado FERNEY GUERRERO FAJARDO, como empleado de la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS-S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN, y como consecuencia de ello, se le otorga el **PERMISO PARA DESPEDIR** solicitado.

DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones propuestas por los demandados.

CONDENÓ en COSTAS al demandado FERNEY GUERRERO FAJARDO y a favor de la sociedad demandante EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS`S CONVIDA EN LIQUIDACIÓN.

Como sustento de su decisión indicó que, se configuraba la causal alegada por la parte actora, contemplada en el artículo 140 del CST, correspondiente a la liquidación de la entidad, de la cual dan fe los diferentes documentos aportados al proceso, la cual se encuentra en su etapa inicial, tal y como lo certifica el agente liquidador y en la que se está adelantando gestión de supresión de cargos con situaciones especiales al considerarse por el liquidador, razón por la cual, existe justificación para proceder a autorizar la terminación del contrato de trabajo del señor demandado, pues se ha configurado la existencia de la causal legal, lo cual no obsta obviamente para que la entidad demandante reconozca los derechos que se deriven

de la terminación y que no son objeto de la presente demanda, lo cual, se encuentra limitada a las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en los siguientes términos:

1. **LEVANTAMIENTO DE FUERO SINDICAL**: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se niegue la solicitud de levantamiento de fuero sindical, así como el permiso para despedir al trabajador demandado, teniendo en cuenta que no hay discusión que en el presente asunto el demandado goza de protección del fuero sindical por ser integrante de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores Oficiales de la EPS CONVIDA – SINTRACONVIDA, así como desde el 14 de septiembre se dejó sin funciones al demandado al servicio de la entidad, dando con ello lugar a la prescripción de la demanda, por cuanto desde ese mismo instante, la entidad declaró que el trabajador demandado no le era útil para el desarrollo de sus procesos en liquidación, y teniéndose por cierto que el 14 de noviembre de 2022 se daba el proceso de finalización al tiempo, para instaurar la demanda, lo que conlleva a la vulneración de los derechos del trabajador demandado, por cuanto no se le asignan funciones para desarrollar, pese a existir funciones, como se acredita de los cargos que aun siguen funcionando; en ese sentido insiste que la determinación de levantar el fuero del trabajador no deja establecido como tendrá lugar a dicha liquidación del contrato de trabajo, dejando a interpretación de la entidad, el otorgamiento o no de la indemnización, a la cual tiene derecho el trabajador.

2. **COSTAS**: De otro lado, considera que la imposición de costas a cargo del empleado demandado parece que castigara el debido proceso y el derecho a al defensa, por cuanto el trabajador no tenía otra oposición distinta a la de presentar oposición al demanda y este recurso de apelación.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció

reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *"la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo".*

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

> ***"5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical***
>
> *5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.*
>
> *5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,*
>
> > *"A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse "inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador"[1], habida cuenta que "el fundamento mismo para*

[1] Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: *"Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se "ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia" y "se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto", siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961.*

> *el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración"[2].*

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad[3]. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001[4], razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral[5].

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir[6].»

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1º de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2º, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo".

[2] *Ídem.*

[3] T-029 de 2004, T-731 de 2001

[4] T-253 de 2005

[5] C-1232 de 2005

[6] C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: "En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial".
Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

El **problema jurídico** se centra en determinar: **1)** Sí el trabajador demandado FERNEY GUERRERO FAJARDO, está amparado por la garantía de fuero sindical, respecto del sindicato "SINTRACONVIDA", **2)** Sí la parte demandante logró acreditar la configuración de la justa causa prevista en el literal a) del artículo 410 del CST, para dar por terminado su contrato de trabajo.

1. DEL VÍNCULO LABORAL:

No fue materia de controversia la existencia del vínculo laboral que ata a las partes mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de abril de 1997; desempeñando el cargo de Profesional Universitario, conforme el contrato individual de trabajo a término indefinido No. 0102 visible a folios 55 a 57 del Archivo 01DemandaAnexos del expediente digital.

2. DEL FUERO SINDICAL

Tampoco se discute la vigencia de la Organización Sindical denominado SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMN SUBSIDIADO EPS CONVIDA, SINTACONVIDA "SINTRACONVIDA·, de primer grado y de empresa, con Acta de Constitución No 0001 del 1º de diciembre de 2000, con domicilio en Bogotá, conforme certificación expedida el 22 de febrero de 2022.

Así como tampoco la calidad de aforado que ostenta el trabajador encartado, al tener por acreditado que el demandado FERNEY GUERRRERO FAJARDO es miembro activo del sindicato de trabajadores de la entidad del régimen subsidiado EPSs convida "SINTRACONVIDA", desempeñando el cargo de suplente, conforme certificación expedida por la señora Mirta Yanedt Manrique Arévalo, en calidad de Presidenta del Sindicato SINTRACONVIDA (Folio58 Archivo 01Demanda Anexos del expediente digital).

3. DEL PERMISO PARA DESPEDIR:

Establecida la existencia del contrato de trabajo, así como del fuero sindical, debe precisarse que siempre que un empleador deba ejercer alguna de las prerrogativas (despido, desmejora, o traslado) frente a un trabajador aforado, debe acudir al procedimiento especial que regula la Ley en el artículo 113 del CPL, dentro del cual puede obtener la calificación judicial de existencia de una causa legal de despido o desmejora en las condiciones de trabajo, o de las razones legales que habiliten un traslado.

Con ello el ordenamiento jurídico protege el derecho de asociación sindical dando estabilidad *relativa* a los trabajadores aforados, y al mismo tiempo permite al empleador la movilidad de su recurso humano cuando existan causas legales o razones que la autoricen.

Tales controversias se deben desatar judicialmente antes de efectuar el despido, el traslado o la desmejora, mediante la acción que otorga al empleador el artículo 113 del CPL, independientemente de que puedan existir razones legales que autorizan el traslado, **el despido o la desmejora en las condiciones de un trabajador aforado, ellas se deben calificar previamente por el juez del trabajo; solo así se protege eficazmente el derecho de asociación sindical dentro de nuestro ordenamiento jurídico.**

Así pues, la entidad demandante, pretende el levantamiento del fuero sindical del accionado, invocando la ocurrencia de una justa causa para terminación del contrato de trabajo, consistente en el literal a) del artículo 410 del CST, por cuanto aduce que la accionante se encuentra en proceso de liquidación.

Al respecto, el literal a) del artículo 410 del CST dispone:

> ***ARTICULO 410. JUSTAS CAUSAS DEL DESPIDO.*** *<Artículo modificado por el artículo 8o. del Decreto Legislativo 204 de 1957. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para que el Juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero:*
>
> > *a) La liquidación o clausura definitiva de las empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del {empleador} durante más de ciento veinte (120) días, y*

Así las cosas, conforme la Resolución No 2022320030005474-6 del 14 de septiembre de 2022, visible a folios 26 a 51 del Archivo 01 “Demanda Anexos” del expediente digital, expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, ordenó:

> ***“ARTÍCULO PRIMERO. ORDENAR*** *la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios y la intervención forzosa administrativa para liquidar EMPRESA PROMOTORA DE SALUD “EPS´s CONVIDA, identificada con NIT 899.999.107-9, identificada con NIT 899.999.107-9, por el término de dos (2) años, es decir, hasta el 15 de septiembre de 2024, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución.”*

En efecto, el 15 de septiembre de 2022, se realizó la toma de posesión del señor HECTOR JULIO PRIETO, como liquidador designado para la liquidación forzosa administrativa EPS`S CONVIDA.

Adicionalmente, el literal j) del numeral primero, del artículo 3 de la Resolución analizada, se dispuso como medida preventiva y obligatoria, la advertencia de que el liquidador está facultado para poner fin a cualquier clase de contrato existente al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios.

Por otro lado, en cumplimiento en lo estipulado en el artículo octavo del Decreto 254 de 2000, el liquidador elaboró el programa de supresión de cargos de Convida EPS’S en liquidación, concluyendo que no se requería ningún cargo, dado que al entrar la empresa en liquidación ya no era posible desarrollar su objeto social.

Teniendo en cuenta lo anterior, se verifica entonces el respectivo programa de supresión de cargos que se elaboró por parte del Agente Liquidador, donde se indica que la planta de personal existente a la fecha de posesión para liquidar, esto es, el 15 de septiembre de 2022, se encontraron 9 cargos vacantes y 87 proveídos, y que el procedimiento que se seguiría, seria en primer lugar, suprimir los cargos que se encontraban vacantes, y luego los demás cargos, una vez determinarán las diferentes situaciones legales y administrativas que correspondieran entre ellos los fueros sindicales, los fueros de salud, pre-pensionados necesidades de la liquidación, entre otros; una vez se revisara la información consignada en las historias laborales de cada trabajador, como la información aportada por los organismos sindicales y la información allegado por los diferentes trabajadores. Además, señaló que, la política de liquidación sería la de suscribir contratos con cada

trabajador que así lo considere, o realizar el procedimiento de levantamiento de fuero correspondiente ante los organismos judiciales y en los demás casos se entregaría la respectiva carta de supresión del cargo de manera personal a cada trabajador.

Lo anterior da cuenta el informe preliminar correspondiente, del periodo 15 de septiembre a 14 octubre 2022, revisado por el agente liquidador, que con corte al 15 de octubre de 2022, CONVIDA EPS en liquidación, en ejecución del programa de sujeción de cargos, ha ejecutado el desmonte progresivo de la planta de personal quedando 36 cargos activos, entre ellos 2 empleados de la Organización Sindical, 3 pre-pensionados, 9 empleados para tramitar el reconocimiento de su pensión, 3 empleados a los cuales se les realizó la liquidación del contrato y está pendiente de la firma del documento para dar por terminada su relación laboral y 9 casos que se encuentran en estudio dado que tienen características y condiciones que deben ser revisadas de fondo para poder determinar su situación laboral.

Aunado a lo anterior, se indica en el informe del agente Liquidador de diciembre de 2022, que a corte del 30 de diciembre de 2022, CONVIDA cuenta con una planta de personal activa de 17 empleador, entre ellos 4 empleados del Sindicato, 4 pre – pensionados, 11 empleados con los requisitos para solicitar el reconocimiento de la pensión, también en el informe del estado actual del proceso de liquidación se menciona que la liquidación continua llevándose a cabo el procedimiento de control y reducción de la planta de personal de la entidad y respecto de los trabajadores que cuentan con fuero sindical, se indica que la liquidación contaba al 30 de diciembre de 2022 con 6 trabajadores de planta activa que tenía en garantía foral y si alistaron los documentos para preparación y radicación de demanda de fuero sindical las cuales, se radicaron el 17 de noviembre de 2022, posteriormente a ello, 2 trabajadores que integraron la junta directiva la junta del sindicato Sintraconvida presentaron carta de renuncia. En cuanto a los pre-pensionados, indica que Convida viene realizando el seguimiento y control a los casos del personal que se encuentra en condición de pre-pensión para conocer en qué momento los empleados pueden llevar a cabo la gestión del reconocimiento de su prestación económica y mientras tanto los trabajadores prestarían sus servicios a la liquidación en actividades relacionadas con su conocimiento y capacidad y respecto a los empleados con las condiciones para hacer gestión de pensión se menciona que los 11 trabajadores que cumplan los requisitos para el reconocimiento de pensión, 7 de ellos, el día 25 de

noviembre de 2022 se llevó a cabo el proceso de radicación del trámite ante el respectivo fondo de pensiones.

Por otra parte, resulta relevante destacar que los testigos traídos al proceso dan cuenta que en virtud del proceso de liquidación dispuesto por la Superintendencia Nacional de Salud, la EPSs convida ya no desarrolla su objeto social, como tampoco cuenta con la oficina de control disciplinario, en la que prestaba los servicios el señor demandado y ejecutaba la labor encargada.

Conforme a lo anterior, se tiene configurada la causal alegada por la entidad demandante, correspondiente a la liquidación de la entidad, la cual se encuentra en su etapa inicial, tal y como lo certifica el agente liquidador, y en la que se está adelantando la gestión de supresión de cargos con situaciones especiales, al considerar el liquidador, que no se requieren los mismos.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se configura la causa legal para proceder a levantar el fuero sindical del demandado FERNEY GUERRERO FAJARDO, con el fin de autorizar la terminación del contrato de trabajo suscrito con la entidad demandante.

Ahora bien, señala el apoderado del demandado que en el caso en que se confirme la determinación de levantar el fuero del trabajador demandado, no deja establecido como tendrá lugar a dicha liquidación del contrato de trabajo, dejando a interpretación de la entidad, el otorgamiento o no de la indemnización, a la cual tiene derecho el trabajador.

No obstante lo anterior, debe precisarse que dicho pedimento no fue objeto de las pretensiones de la demanda, así como tampoco de la fijación del litigio y del problema jurídico que entró a resolver el juzgador de primera instancia, razón suficiente para relavarse de su estudio por parte de esta Sala de decisión.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

El apoderado del demandado, presentó recurso de apelación, señalando que, si bien no hay discusión que en el presente asunto el demandado goza de protección del fuero sindical por ser integrante de la Junta Directiva del Sindicato de Trabajadores

Oficiales de la EPS CONVIDA – SINTRACONVIDA, lo cierto es que desde el 14 de septiembre se dejó sin funciones al demandado al servicio de la entidad, dando con ello lugar a la prescripción de la demanda, por cuanto desde ese mismo instante, la entidad declaró que el trabajador demandado no le era útil para el desarrollo de su proceso en liquidación, y teniéndose por cierto que el 14 de noviembre de 2022 se daba el proceso de finalización al tiempo, para instaurar la demanda, lo que conlleva a la vulneración de los derechos del trabajador demandado, por cuanto no se le asignan funciones para desarrollar, pese a existir funciones, como se acredita de los cargos que aun siguen funcionando.

Frente al tema, el artículo 118A adicionado en el artículo 49 de la ley 712 del 2001 que señala lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 49.** El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social tendrá un artículo nuevo, como 118A :*
>
> > ***Artículo 118A. Prescripción**. Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.*
> > *Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo.*
> > *Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término, de dos (2) meses."*

Teniendo en cuenta la norma en cita, debe precisarse que si bien el artículo 118A, modificado por el Artículo 49 del CPT y SS contempla la excepción de prescripción en los casos de fuero sindical, lo cierto es que en el evento de autorización de la terminación del contrato de trabajo, en virtud de la liquidación de entidad públicas, el mencionado artículo debe aplicarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto – Ley 254 de 2000, toda vez que con la elaboración del programa de supresión de cargos por parte de liquidador, se tiene certeza de los contratos que deben proceder con su terminación, resaltando en todo caso, que tal situación tuvo lugar el 3 de octubre de 2022, dentro del término legal de 30 días posteriores a la toma de posesión del liquidador, el cual se dio el 15 de septiembre de 2022, y en atención que la demanda fue radicada el 18 de noviembre de 2022, no se configura el término prescriptivo de la acción de levantamiento de la garantía foral y por tanto

se despacha desfavorablemente los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada, **CONFIRMANDO** en este sentido la declaratoria de no probada la excepción de prescripción.

Así mismo, debe señalarse que no puede contabilizarse la excepción de prescripción desde la fecha en que el demandado dejó de ejercer funciones en la entidad, como quiera que, desde el informe del liquidador es que se tiene certeza la situación actualizada de la entidad en liquidación, y como proceder con cada uno de ellos, y por tal razón, es importante esperar el informe del agente liquidador del estudio de cada uno de los puestos de trabajo, el cual debe ser presentado dentro de los términos legales, para contabilizar a partir de dicha data, el término de prescripción.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, considera el apelante que la imposición de costas a cargo del empleado demandado parece que castigara el debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto el trabajador no tenía otra oposición distinta a la de presentar oposición al demanda y este recurso de apelación.

Al respecto, debe precisarse que El núm. 1.° del artículo 365 del Código General del Proceso, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o para quien se resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya interpuesto.

De esta forma, se entiende que la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir (AL5445 de 2022).

Lo anterior quiere decir que, la imposición de costas no obedece a un castigo en contra del ejercicio de acceso a la justicia o del derecho de defensa por parte del demandado, sino que por el contrario, se dirige llanamente a la parte vencida en juicio.

Ahora, de acuerdo con el citado precepto legal, en armonía con lo previsto en el Acuerdo n.° PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, la petición del

apoderado del demandado no resulta de recibo, porque es el juez de primera instancia quien efectúa de manera concentrada la liquidación de costas, y *‹‹solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas››*, dado que la objeción desapareció desde la entrada en vigor del Código General del Proceso, razón por la cual se despacha desfavorablemente su súplica.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en la alzada.

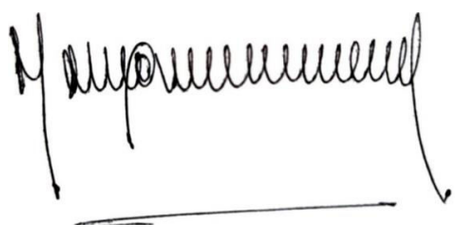
En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el JUZGADO VEINTITRÉS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 31 de enero de 2023, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: 23-2022-00507-01