



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 5-2019-00555-01

Bogotá D.C., noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A. (antes HORIZONTE)-AFP SKANDIA SA
LLAMADO EN GARANTIA: MAFRE VIDA SEGUROS SA.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN: AFP SKANDIA SA 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 5 Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se tiene por reasumido el poder por parte de LEIDY YOHANA FUENTES TRIGUEROS como representante legal y judicial para asuntos judiciales de Old Mutual Pensiones y Cesantías SA, hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PESNIONES Y CESANTIAS SA. Se reconoce personería jurídica a la abogada MARIA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS CC 1014244637 y TP 294799 del CSJ como sustituta del Dr. MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN como representante legal de la firma WORLD LEGAL CORPORATION SAS como apoderada general de Colpensiones. Se reconoce personería jurídica al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS CC 1018469231 Y TP 365094 del CSJ,

como apoderado sustituto de JENNIFER LORENA MOLINA MESA, quien representa a la firma GODOY CODOBA ABOGADOS SAS, quien actúa como apoderada general de PORVENIR SA.

El demandante y las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA SA, y PORVENIR SA, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 6 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO** 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 la ineficacia del traslado realizado por **IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO** del Régimen de Prima Media al RAIS, AFP PORVENIR SA en 1994.
- Declarar que tiene derecho a regresar al RPM
- Que tiene derecho a que Porvenir SA devuelva a Colpensiones el bono pensional y sus intereses moratorios
- Que se condene a las demandadas ultra y extra petita, y en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 5 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de marzo 13 de 2020, en donde se integró el contradictorio con Old Mutual (hoy AFP Skandia SA), quien llamo en garantía a Mafre Vida Seguros SA; contestaron la demanda y el llamamiento en garantía en tiempo, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 15 de febrero de 2022 **DECLARÓ** la nulidad del acto de traslado de **IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por el demandante a través de Porvenir SA; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR., a devolver la totalidad de las cotizaciones efectuadas por **IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO**, junto con rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibirlos y actualizar la historia laboral.; **ABSOLVIO a MAFRE**; impuso costas a SKANDIA a favor de Mafre, y **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El fallo fue apelado por COLPENSIONES. Que sustentó así:

-No está de acuerdo con las decisiones tomadas, pues Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en el traslado efectuado por el demandante, y en este sentido pide al tribunal que se estudie la posibilidad de ordenar a que Porvenir si es la que faltó al deber de información, así mismo sea quien asuma de sus recursos el reconocimiento pensional que pueda llegar a tener el actor, ya que el deber de información para el momento del traslado correspondía exclusivamente al fondo privado.

SKANDIA SA: Apelo el fallo, solicitando se revoque, ya que el traslado no se dio bajo ninguna omisión de información, pues el consentimiento informado quedo establecido mediante la suscripción del formulario de afiliación, que la ley vigente en la época exigía para tales actos.

-El demandante durante muchos años nunc manifestó su deseo de retornar al RPM, pues solo lo hizo ad portas de pensionarse al darse cuenta que recibiría una mesada mayor en Colpensiones.

-En cuanto a las agencias en derecho, solicita sean revocadas, ya que el llamamiento en garantía se hizo conforma al debido proceso, ya que al declarar la ineficacia del traslado es como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en ese caso Mafre nunca debió recibir los dineros que aseguraban dichos riesgos.

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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR SA, efectuado por **IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO** el día 1 de diciembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A. y AFP SKANDIA SA, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, a COLPENSIONES, y consecencialmente 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 S.A. el 1 de diciembre de 1994, luego en octubre 25 de 2004 se trasladó a Skandia y en 2007 volvió a Horizonte, posteriormente fusionada con Porvenir SA. (Demanda, contestación demanda Porvenir SA 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 válido 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 tuvieran 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, historia laboral, proyección pensional; **AFP PORVENIR SA** aportó: Formulario de afiliación a Horizonte, relación de aportes, bono pensional, petición de la demandante y respuesta, historia laboral, simulación pensional, consulta Asofondos; **AFP SKANDIA SA**: formulario de afiliación, certificado de aportes, estado de cuenta, historia laboral SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de diciembre 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 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 diciembre de 1994, el demandante tenía más de 150 semanas (expediente digital contestación Colpensiones), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 4 de octubre de 1957 f.4 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de a simulación pensional por porvenir el demandante había cotizado más de 1419 semanas, (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 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 apelantes, 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 el 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 S.A., el 1 de diciembre de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que 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 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 prueba 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.º 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 la demandada, 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionara lo decidido por el a quo, por cuanto lo que se decide es la ineficacia del traslado, y no la nulidad conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, y en cuanto la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, gastos de administración, bonos pensionales si

los hubiere; y en cuanto a la devolución de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán 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 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** y adicionara la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **IDALGO ENRIQUE FRAGOZO FONTALVO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP HORIZONTE S.A hoy AFP PORVENIR SA, el 1 de diciembre de 1994; y que además de los aportes existentes

en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, deberá devolver a COLPENSIONES los bonos pensionales si los hubiere; y tanto AFP Porvenir SA como AFP Skandia SA deberán devolver debidamente actualizados todos los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones, los descuentos por primas de seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS: En cuanto a la inconformidad de la apelante AFP Skandia SA, por la imposición de costas en favor de Mafre, es claro que las mismas se impondrán a la parte que le resulten desfavorables las pretensiones, para el caso el llamado en garantía que hizo a la aseguradora, que no fue otra la decisión que profirió el Juez a quo, por lo tanto, se desestimara también este punto de la apelación.

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP SKANDIA S.A., habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

No habrá lugar a la imposición de costas a Colpensiones.

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 Y ADICIONAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2022 por el Juzgado 5 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que lo que se declara es la INEFICACIA del traslado efectuado por el

actor del régimen de prima media con prestación definida al RAIS el 1 de diciembre de 1994 a través de AFP Horizonte hoy AFP PORVENIR SA; y que además de los aportes con sus rendimientos e intereses, deberá devolver a COLPENSIONES los bonos pensionales si los hubiere; y tanto AFP Porvenir SA como AFP Skandia SA deberán devolver debidamente actualizados todos los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones, los descuentos por primas de seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante AFP SKANDIA SA y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Idalgo Enrique Fragozo Fontalvo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**005-2019-00555-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **81c443cd588c882d9453a669aa0342f7d41ecae8b312b88406d914851f19834a**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:20 PM

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. 06-2016-00442-01

Bogotá D.C. treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ROSALBA SUAREZ PEREZ
**DEMANDADO: LIVE BEAUTIFUL & CIA. LIMITADA/LAZARO ARANGO
HERNANDEZ/ ROBERTO RAMIREZ QUINTANA; y
Solidariamente VERA RAMIREZ JELOCHA Y LIZETH
ZORAIDA RAMIREZ GOMEZ.**
ASUNTO: APELACIÓN LIZETH ZORAIDA RAMIREZ GOMEZ.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada solidaria LIZETH ZORAIDA RAMIREZ GOMEZ, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6º 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.

La parte apelante presento alegaciones, conforme a lo ordenado en auto del 29 de septiembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ROSALBA SUAREZ PEREZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **LIVE BEAUTIFUL & CIA. LIMITADA/LAZARO ARANGO HERNANDEZ/ ROBERTO RAMIREZ QUINTANA; y Solidariamente VERA RAMIREZ JELOCHA Y LIZETH ZORAIDA RAMIREZ GOMEZ**, debidamente sustentada como aparece de folio 2 a 32 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS :

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo, con los demandados, vigente entre el 01 de octubre de 2010 y el 31 de octubre de 2015.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a la parte demandada **LIVE BEAUTIFUL & CIA. LIMITADA/LAZARO ARANGO HERNANDEZ/ ROBERTO RAMIREZ QUINTANA; y Solidariamente VERA RAMIREZ JELOCHA Y LIZETH ZORAIDA RAMIREZ GOMEZ** al pago de las cesantías 2014-2015; los intereses de las cesantías 2014-2015; la prima de servicios 1 de julio 2015 hasta octubre 31 de 2015; las vacaciones de los años 2014 y 2015; las horas extras diurnas entre octubre 1 de 2010 y 31 de octubre de 2015; la indemnización por despido sin justa causas; la indemnización por no consignar las cesantías desde febrero 15 de 2015 hasta que se dicte sentencia; los aportes a seguridad social en pensiones 2012 mes 2 y 4, 2013, 2014 mes 1,2,3,4,5; la indemnización moratoria, la indexación de las sumas que se generen; ultra y extra petita; y condena en costas a los demandados.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Previo nombramiento de curador ad-litem a los demandados Roberto Ramirez Quintana, Vera Ramirez Jelocha y Lizeth Zoraida Ramirez Gomez; el señor Roberto Ramirez Quintana designo apoderado de confianza, quien propuso nulidad por indebida notificación, resuelta desfavorablemente mediante auto de junio 25 de 2018 (f.63 a 65).

Los demandados Roberto Ramirez Quintana, Vera Ramirez Jelocha y Lizeth Zoraida Ramirez Gomez, contestaron la demanda a través de curador ad- litem, la cual fue tenida por no contestada al hacerlo en forma extemporánea, mediante auto de agosto 16 de 2019 (F.66 a 67). En igual sentido en el mismo auto se tuvo por no contestada la demanda por parte de Lazaro Arango Hernandez, como persona natural y como representante legal de Live Beautiful & cia.Ltda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 6º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 26 de agosto de 2021: CONDENO solidariamente a la sociedad Live Beautiful & Cia.Ltda, y solidariamente a las socias Vera Ramirez Quintana y Lizeth Zoraida Ramirez Gomez, hasta el limite de sus acciones, cancelar a la demandante **ROSALBA SUAREZ PEREZ** las siguientes sumas y conceptos:

- a. La suma de \$1.152.958 por concepto de auxilio de cesantías, 2014-2015.
- b. La suma de \$127.616 por intereses sobre cesantías 2014-2015.
- c. La suma de \$214.783 por prima de servicios 2015 segundo semestre.
- d. La suma de \$1,637.723 por vacaciones.
- e. La suma de \$2.671.905 por indemnización por despido injusto.
- f. Por los aportes a pensiones 2012 febrero y abril: 2013 todo el año; 2014 de enero a mayo, a favor de Colpensiones liquidados con el salario mínimo.
- g. La suma de \$21.478-73 diarios desde el 31 de octubre de 2015 hasta el pago de la obligación.

Así mismo ABSOLVIÓ a la parte demandada Roberto Ramirez Quintana y Lazaro Arango; e impuso costas a Live Beautiful & Cia.Ltda.

RECURSO DE APELACION DEMANDADA SOLIDARIA

Inconforme con la anterior decisión, la demandada solidaria Lizeth Zoraida Ramirez Gomez interpuso recurso de apelación.

Manifestó su inconformidad parcial frente a la condena impartida, pues se manifiesta conforme con las condenas impuestas a favor de la demandante, salvo

por la condena impuesta a Lizeth Zoraida Ramirez Gomez como responsable solidaria.

Sustenta su apelación en el sentido que desde el 30 de junio de 2020 la socia Lizeth Zoraida Ramirez Gomez vendió sus acciones a la socia Vera Ramirez Jelocha quien es la llamada a responder, ya que ostenta el 100% de las acciones de la sociedad.

Argumenta en las alegaciones que para el día de la audiencia de fallo allegó el certificado de la Cámara de Comercio, donde se comprueba la venta de las acciones y por tanto ninguna responsabilidad se le puede endilgar a su poderdante, transcribiendo concepto rendido por la Superintendencia de Sociedades respecto a la responsabilidad de los socios.

Verificado, que no existe nulidad que invalide lo actuado, se procede por la Sala a resolver la alzada, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes,

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si la señora Lizeth Zoraida Ramirez Gomez es responsable solidaria de la condena impuesta, hasta el monto de sus acciones, en su condición de socia de la Live Beautiful & Cia.Ltda; o si como lo aduce el apelante no se le puede endilgar responsabilidad solidaria por haber vendido sus acciones antes de haberse instaurado la demanda.

Así las cosas, es sabido, que para que exista contrato de trabajo, necesario resulta que concurren los elementos esenciales de que da cuenta el Artículo 23 del C. S. del T., esto es i) la actividad personal del trabajador ii) su subordinación o dependencia respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio prestado, todo ello ajustado a los términos y condiciones contenidas en la norma en cita.

Así mismo, es ampliamente conocido que el Artículo 24 del C. S. del T. dispone que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. No obstante, esta mera presunción, no tiene la virtualidad de dirimir

por sí misma la contienda, sino que comporta una mera ventaja probatoria, resultando por demás desvirtuable a través de los medios de prueba que tenga a su alcance la pasiva, por lo tanto, si bien la accionante no tiene por obligación demostrar la subordinación y continuada dependencia, si le resulta exigible el deber de acreditar la prestación personal del servicio

En ese orden de ideas, incumbe al demandante demostrar la prestación personal del servicio y a la demandada desvirtuar la presunción del ya mencionado Artículo 24 del C. S. del T., es decir, que las partes corren con la carga de la prueba en los términos y condiciones ya mencionadas, previstas en el artículo 167 del Código General del Proceso y sin perjuicio de las presunciones legales aplicables a la materia.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia con radicado SL 6621 de 2017, ha expresado:

“Vale la pena recordar, al igual que lo hizo el juez plural, que como expresión de la finalidad protectora del derecho del trabajo, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral. En contraste, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma.”

Por lo anterior, resulta claro que lo pretendido por la parte demandante y declarado por el a quo es que Rosalba Suarez Perez prestó sus servicios mediante un contrato de trabajo a favor de las demandada LIVE BEATIFUL & CIA.LTDA., desde el 1 de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2015, fue despedida sin justa causa y le adeudan las prestaciones e indemnizaciones referidas, sobre lo cual no hay ninguna inconformidad por las partes, ya que no existe discusión frente al contrato de trabajo que existió en el periodo mencionado, y la condena impuesta.

Ahora, el punto central de la apelación de la deudora solidaria Lizeh Zoraida Ramirez Gomez consiste en establecer si para la fecha del despido, dicha señora no ostentaba la calidad de socia de Live Beautiful & Cia Ltda.

De entrada esta sala dira que el fallo será confirmado, pues en nada erro la juez a quo al declarar la solidaridad de la socia hasta el monto de sus acciones, en las condenas impuestas a la sociedad.

A efectos de resolver el cuestionamiento planteado, tenemos que al observar el certificado de existencia y representación legal de los aquí demandados, (folios 31 y 32 vueltos), expedido el 21 de julio de 2016 en el cual se hace la advertencia que la sociedad no ha cumplido con la obligación legal de renovar la matricula mercantil, por tanto los datos corresponden a la ultima renovacion del año 2015.

Ahora, la relación laboral declarada, y las condenas impuestas, corresponde al periodo de 1 de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2015 cuando termino el vinculo laboral por despido injusto, por tanto a la terminación del vinculo, y conforme lo establece el certificado de la cámara de comercio allegado debidamente al proceso, establece plenamente que las únicas socias son Vera Ramirez Jelocha con el 50% del capital, o sea \$10.000.000.00 y el otro 50% o sea \$10.000.000.00 a nombre de Lizeth Zoraida Ramirez Gomez.

Así las cosas con base a lo anterior no es posible declarar como lo pretende el recurrente, que la señora Lizeth Zoraida Ramirez Gomez no ostentaba la condicion de socia para el momento de la terminación del vinculo laboral, pues las pruebas legalmente aportadas al proceso indican que para ese momento, como ya se dijo, ella era dueña del 50% de la sociedad limitada.

De otra parte, el Código de Comercio establece las condiciones para creación, funcionamiento y la cesion de acciones en las sociedades de responsabilidad limitada, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 355. <SANCIONES POR EL NO PAGO DEL TOTAL DE LOS APORTES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Cuando se compruebe que los aportes no han sido pagados íntegramente, la Superintendencia deberá exigir, bajo apremio de multas hasta de cincuenta mil pesos, que tales aportes se cubran u ordenar la disolución de la sociedad, sin

perjuicio de que la responsabilidad de los socios se deduzca como en la sociedad colectiva.

ARTÍCULO 356. <NÚMERO MÁXIMO DE SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Los socios no excederán de veinticinco. Será nula de pleno derecho la sociedad que se constituya con un número mayor. Si durante su existencia excediere dicho límite, dentro de los dos meses siguientes a la ocurrencia de tal hecho, podrá transformarse en otro tipo de sociedad o reducir el número de sus socios. Cuando la reducción implique disminución del capital social, deberá obtenerse permiso previo de la Superintendencia, so pena de quedar disuelta la compañía al vencerse el referido término.

ARTÍCULO 357. <RAZÓN SOCIAL DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. La sociedad girará bajo una denominación o razón social, en ambos casos seguida de la palabra "limitada" o de su abreviatura "Ltda.", que de no aparecer en los estatutos, hará responsables a los asociados solidaria e ilimitadamente frente a terceros.

ARTÍCULO 358. <ATRIBUCIONES ADICIONALES A LOS SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. La representación de la sociedad y la administración de los negocios sociales corresponde a todos y a cada uno de los socios; éstos tendrán además de las atribuciones que señala el artículo [187](#), las siguientes:

- 1) Resolver sobre todo lo relativo a la cesión de cuotas, así como a la admisión de nuevos socios;
 - 2) Decidir sobre el retiro y exclusión de socios;
 - 3) Exigir de los socios las prestaciones complementarias o accesorias, si hubiere lugar;
 - 4) Ordenar las acciones que correspondan contra los administradores, el representante legal, el revisor fiscal o cualquiera otra persona que hubiere incumplido sus obligaciones u ocasionado daños o perjuicios a la sociedad, y
 - 5) Elegir y remover libremente a los funcionarios cuya designación le corresponda.
- La junta de socios podrá delegar la representación y la administración de la sociedad en un gerente, estableciendo de manera clara y precisa sus atribuciones.

ARTÍCULO 359. <JUNTA DE SOCIOS-DECISIONES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. En la junta de socios cada uno tendrá tantos votos cuantas cuotas posea en la compañía. Las decisiones de la junta de socios se tomarán por un número plural de socios que represente la mayoría absoluta de las cuotas en que se halle dividido el capital de la compañía.

En los estatutos podrá estipularse que en lugar de la absoluta se requerirá una mayoría decisoria superior.

ARTÍCULO 360. <REFORMAS ESTATUTARIAS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Salvo que se estipule una mayoría superior, las reformas estatutarias se aprobarán con el voto favorable de un número plural de asociados que represente, cuando menos, el setenta por ciento de las cuotas en que se halle dividido el capital social.

ARTÍCULO 361. <LIBRO DE REGISTRO DE SOCIOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. La sociedad llevará un libro de registro de socios, registrado en la cámara de comercio, en el que se anotarán el nombre, nacionalidad, domicilio, documento de identificación y número de cuotas que cada uno posea, así como los embargos, gravámenes, y cesiones que se hubieren efectuado, aún por vía de remate.

ARTÍCULO 362. <CESIÓN DE CUOTAS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Los socios tendrán derecho a ceder sus cuotas.

Cualquier estipulación que impida este derecho, se tendrá por no escrita.

La cesión de cuotas implicará una reforma estatutaria. La correspondiente escritura pública será otorgada por el representante legal de la compañía, el cedente y el cesionario.

ARTÍCULO 363. <PRELACIÓN DE CESIÓN DE CUOTAS A LOS SOCIOS>. Salvo estipulación en contrario, el socio que pretenda ceder sus cuotas las ofrecerá a los demás socios por conducto del representante legal de la compañía, quien les dará traslado inmediatamente, a fin de que dentro de los quince días siguientes manifiesten si tienen interés en adquirirlas. Transcurrido este lapso los socios que acepten la oferta tendrán derecho a tomarla a prorrata de las cuotas que posean. El precio, plazo y demás condiciones de la cesión se expresarán en la oferta.

ARTÍCULO 364. <DISCREPANCIA SOBRE LAS CONDICIONES DE LA CESIÓN>. Si los socios interesados en adquirir las cuotas discreparen respecto del precio o del plazo, se designarán peritos para que fijen uno u otro. El justiprecio y el plazo determinados serán obligatorios para las partes. Sin embargo, éstas podrán convenir en que las condiciones de la oferta sean definitivas, si fueren más favorables a los presuntos cesionarios que las fijadas por los peritos.

En los estatutos podrán establecerse otros procedimientos para fijar las condiciones de la cesión.

ARTÍCULO 365. <MEDIDAS ANTE EL RECHAZO DE UNA OFERTA DE CESIÓN>. Si ningún socio manifiesta interés en adquirir las cuotas dentro del

término señalado en el artículo [363](#), ni se obtiene la autorización de la mayoría prevista para el ingreso de un extraño, la sociedad estará obligada a presentar por conducto de su representante legal, dentro de los sesenta días siguientes a la petición del presunto cedente una o más personas que las adquieran, aplicando para el caso las normas señaladas anteriormente. Si dentro de los veinte días siguientes no se perfecciona la cesión, los demás socios optarán entre disolver la sociedad o excluir al socio interesado en ceder las cuotas, liquidándolas en la forma establecida en el artículo anterior.

ARTÍCULO 366. <FORMALIDADES PARA LA CESIÓN DE CUOTAS DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. La cesión de las cuotas deberá hacerse por escritura pública, so pena de ineficacia, pero no producirá efectos respecto de terceros ni de la sociedad sino a partir de la fecha en que sea inscrita en el registro mercantil.

ARTÍCULO 367. <REQUISITOS PARA EL REGISTRO DE LA CESIÓN DE CUOTAS EN SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Las cámaras no registrarán la cesión mientras no se acredite con certificación de la sociedad el cumplimiento de lo prescrito en los artículos [363](#), [364](#) y [365](#), cuando sea del caso.

ARTÍCULO 368. <CONTINUACIÓN DE LA SOCIEDAD CON LOS HEREDEROS>. La sociedad continuará con uno o más de los herederos del socio difunto, salvo estipulación en contrario. No obstante, en los estatutos podrá disponerse que dentro del plazo allí señalado, uno o más de los socios sobrevivientes tendrán derecho de adquirir las cuotas del fallecido, por el valor comercial a la fecha de su muerte. Si no se llegare a un acuerdo respecto del precio y condiciones de pago, serán determinados por peritos designados por las partes. Si fueren varios los socios que quisieren adquirir las cuotas, se distribuirán entre ellos a prorrata de las que posean en la sociedad.

ARTÍCULO 369. <DERECHO DE INSPECCIÓN DE LOS SOCIOS DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. Los socios tendrán derecho a examinar en cualquier tiempo, por sí o por medio de un representante, la contabilidad de la sociedad, los libros de registro de socios y de actas y en general todos los documentos de la compañía.

ARTÍCULO 370. <CAUSALES DE DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. <Artículo derogado por el párrafo 2 del artículo [4](#) de la Ley 2069 de 2020. En adelante consultar el mismo artículo [4](#) - Causal de disolución por no cumplimiento de la hipótesis de negocio en marcha->

ARTÍCULO 371. <APLICACIÓN DE REGLAS DE LAS ANÓNIMAS EN RELACIÓN CON LA RESERVA LEGAL, BALANCES Y REPARTO DE

UTILIDADES>. La sociedad formará una reserva legal, con sujeción a las reglas establecidas para la anónima. Estas mismas reglas se observarán en cuanto a los balances de fin de ejercicio y al reparto de utilidades.

ARTÍCULO 372. <APLICACIÓN DE NORMAS DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN LO NO PREVISTO PARA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA>. En lo no previsto en este Título o en los estatutos, las sociedades de responsabilidad limitada se regirán por las disposiciones sobre sociedades anónimas”.

Verificada la normatividad que rige este tipo de sociedades limitadas en nuestra Nación, resaltadas en la transcripción anterior, es claro que la inconformidad del apelante no encuentra con sustento alguno; pues en primera medida, alega haber allegado un certificado mercantil a la audiencia, el cual no aparece registrado en la misma, tampoco aparecen los estatutos donde se reglamente la cesión de cuotas entre socios, ni la escritura pública donde se registra al acta de la cesión de cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada, menos aun el registro mercantil donde aparezca inscrita la escritura de cesión de cuotas.

Por el contrario, el único documento que aparece dentro del plenario es el certificado de cámara de comercio que aparece a folios 31 y 32 expedido el 21 de julio de 2016, en donde no aparece ninguna anotación que refiera una cesión de cuotas, al menos hasta esa fecha; habida cuenta que el vínculo laboral terminó el 31 de octubre de 2015, fecha en la cual la apelante mantenía la condición de socia activa de la Live Beautiful & Cia Ltda.

Las razones expuestas resultan suficientes, para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante y a favor de la demandante. Fijense 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2021, por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante y a favor de la demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de medio 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



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 13-2021-00448-01

Bogotá D.C., noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: NANCY LUCERO RINCON HERNANDEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A,
ASUNTO: APELACIÓN-COLPENSIONES Y PORVENIR

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 Y TP 221.228 DEL CSJ, para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por María Camila Bedoya García, en su condición de representante legal suplente de ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

La demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 6 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

NANCY LUCERO RINCON HERNANDEZ 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:

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **NANCY LUCERO RINCON HERNANDEZ** del Régimen de Prima Media al RAIS, AFP Porvenir SA, y que nunca estuvo afiliada al RAIS.
2. Que, se condene a AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, gastos de administración, con frutos e intereses, los rendimientos; se condene en costas; y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de Junio 22 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de noviembre 18 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 22 de febrero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **NANCY LUCERO RINCON HERNANDEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el día 3 de mayo de 1995; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR., a devolver la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos que se hubieren generado, lo mismo que los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, **CONDENO** a COLPENSIONES a tener como afiliada a la demandante, recibir los dineros y actualizar la historia laboral.; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a Porvenir, y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

-No está de acuerdo con la ineficacia declarada, pues la demandante en el año 1995 decide trasladarse de forma libre y voluntaria a Porvenir, y permanece allí por más de veinte años, y durante ese tiempo pudiendo devolverse a Colpensiones, nunca lo hizo; lo que denota su deseos de permanecer en el RAIS.

-Contrario a lo dicho por el juzgado, el deber de información es de doble vía, y la demandante estaba en el deber de informarse, o solicitar la asesoría sobre su proyección pensional, pero es tan solo cuando esta próxima a cumplir la edad cuando se acerca a solicitar la información sobre su expectativa pensional, decidiendo solamente que se afectan sus expectativas económicas.

-Esta devolución afecta la estabilidad financiera de Colpensiones, pues la demandante no cotizo para el fondo público, y no se pudieron efectuar sus proyecciones pensionales.

-El deber de información nació en el año 2016, y no es retroactivo, y también para el momento de la afiliación se cumplió con los requisitos legales por parte del AFP.

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

-Sostiene la apoderada que en este caso no se reúnen los presupuestos suficientes para declarar la ineficacia, si bien la jurisprudencia exige la carga de la prueba a los fondos, no se puede desconocer que para la fecha del traslado la ley no exigía otro requisito que la firma del formulario, y la información se le daba en forma verbal; pues el deber de información por escrito surge solo a partir del año 2014.

-En el interrogatorio rendido el día de hoy por la demandante, confeso que si se le dio la información pertinente.

-Los actos de relacionamiento de la demandante se dan plenamente, al cotizar para Porvenir por más de 25 años, sin queja alguna, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS.

-Teniendo legalmente la posibilidad de regresar al RPM no lo hizo, y ahora precisamente cuando está inmersa en la prohibición de regresar por faltarle menos de diez años para cumplir la edad, pretende hacerlo, simplemente porque considera que la mesada es inferior, situación que no genera nulidad del traslado.

-Manifiesta su inconformidad con devolver los gastos de administración, y los seguros previsionales, pues estos están consagrados en la ley 100/93 y se cobran en virtud de mandato legal, y no están destinados a financiar la pensión, pues esto generaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, siendo solo exigibles la devolución de aporte y sus rendimientos.

Solicita se revoque la sentencia, y se absuelva a Porvenir SA.

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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por **NANCY LUCERO RINCON HERNANDEZ** el día 3 de marzo de 1995; **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 consecuentemente continúe afiliada 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 S.A. el 3 de marzo de 1995 (f-85/contestación demanda Porvenir SA 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, e historia laboral; **AFP PORVENIR** aportó: Certificado Asofondos, SIAFP, formulario de afiliación, página del Tiempo de enero 14 de 2004, concepto de la Superfinanciera 2020, relación de movimientos, relación de aportes, historia laboral, respuestas a solicitudes de enero y abril de 2020, resumen historia laboral para bonos pensionales, certificado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de marzo 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 8 de febrero de 1996, la demandante tenía 393.8 semanas (f-134 contestación Porvenir -expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 18 de septiembre de 1964 f-3 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 reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., la demandante había cotizado más de 1466 semanas, (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 apelantes, 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 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 PORVENIR S.A., el 3 de marzo de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que 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 prueba 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.º 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se aclarará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, 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 **NANCY LUCERO RINCON HERNANDEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 3 de marzo de 1995; y Se aclarara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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 22 de febrero de 2022 por el Juzgado 13 Laboral el Circuito de Bogotá, **ACLARANDOLA** en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de

seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Nancy Lucero Rincón Hernández
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**013-2021-00448-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **b82a737948db3b2ea306b38b3a67562199cbd31af2f9be897c34cf63f461aa5e**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:19 PM

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. 26-2020-00088-01

Bogotá D.C., noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: BEATRIZ CASTRO MUNEVAR
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A,
ASUNTO: APELACIÓN- PORVENIR/CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante y Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

BEATRIZ CASTRO MUNEVAR 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:

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **BEATRIZ CASTRO MUNEVAR** del Régimen de Prima Media al RAIS, AFP Porvenir SA, por haber suministrado información falsa, omisiva y oculta.

2. Que, se condene a AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos, sumas adicionales, gastos de administración, con frutos e intereses, los rendimientos; se condene en costas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 20 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de febrero 28 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 3 de mayo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **BEATRIZ CASTRO MUNEVAR**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR., a devolver la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos que se hubieren generado, lo mismo que los gastos de administración sin descuento alguno, **CONDENO** a COLPENSIONES a tener como afiliada a la demandante, recibir los dineros y actualizar la historia laboral.; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a Porvenir, y **CONCEDIÓ apelación a Porvenir SA, y** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

-Sostiene el apoderado que en este caso no se reúnen los presupuestos suficientes para declarar la ineficacia, si bien la jurisprudencia exige la carga de la prueba a los

fondos, no se puede desconocer que para la fecha del traslado en 1998 la ley no exigía otro requisito que la firma del formulario, y la información se le daba en forma verbal.

-En el interrogatorio rendido el día de hoy por la demandante, aunque no se puede decir que confeso, si sostuvo que se le dio la información pertinente en forma clara por el funcionario de Porvenir.

-La inconformidad sobre el menor valor de la mesada pensional en Porvenir, no es razón suficiente para tener por viciado su consentimiento, ya que es persona mayor de edad y plenamente capaz.

-Manifiesta su inconformidad con devolver los gastos de administración, y los seguros previsionales, pues estos están consagrados en la ley 100/93 y se cobran en virtud de mandato legal, y no están destinados a financiar la pensión, pues esto generaría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones, siendo solo exigibles la devolución de aporte y sus rendimientos.

Solicita se revoque la sentencia, y se absuelva a Porvenir SA.

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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por **BEATRIZ CASTRO MUNEVAR** el día 19 de noviembre de 1998; **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 consecuentemente continúe afiliada 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 PORVENIR S.A. el 19 de noviembre de 1998 (f-54/contestación demanda Porvenir SA 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, e historia laboral; **AFP PORVENIR** aportó: Concepto de Asofondos, SIAFP, formulario de afiliación, relación de movimientos, relación de aportes, historia laboral, comunicado de prensa, concepto de Superfinanciera de 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de noviembre 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 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 19 de noviembre de 1998, la demandante tenía 660-6 semanas (f-25 contestación Porvenir -expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 25 de abril de 1961 f-33 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2018 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., la demandante había cotizado más de 1813 semanas, (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 el apelante, 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 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 PORVENIR S.A., el 19 de noviembre de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que 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 prueba 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.º 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se aclarará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, 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 **BEATRIZ CASTRO MUNEVAR** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 19 de noviembre de 1998; y Se aclarara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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 3 de mayo de 2022 por el Juzgado 26 Laboral el Circuito de Bogotá, ACLARANDOLA en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Beatriz Castro Munevar
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2020-00088-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **93521c3bba5369ea0b9b4bc89e9fa180308adcada7ba1c516c3c204b8b1e14b7**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:19 PM

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. 29-2021-00154-01

Bogotá D.C., noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: LUZ MERY CALDERON BELLO
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 de la demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica al abogado DANIEL FELIPE RAMIREZ cc1070.018.966 y TP 373-906 del CSJ, para actuar como apoderado sustituto de ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ, quien actúa como abogada adscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS quien actúa como apoderado general de Porvenir SA, según poder debidamente allegado.

La demandante y Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 6 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LUZ MERY CALDERON BELLO 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:

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **LUZ MERY CALDERON BELLO** del Régimen de Prima Media ISS hoy Colpensiones al RAIS, a la AFP Porvenir SA.
2. Que, se condene a AFP PORVENIR SA trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos y que se encuentran en su cuenta de ahorro individual; condenar a Colpensiones a recibir dichos valores sin solución de continuidad y corregir su historia laboral; se condene en costas; y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de abril 29 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES, y se tuvo por no contestada por PORVENIR, como consta en auto de octubre 4 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 29 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de abril de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **LUZ MERY CALDERON BELLO**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el día 29 de noviembre de 1995; **DECLARÓ** que **LUZ MERY CALDERON BELLO CONDENÓ** nunca se trasladó al RASIS y por lo mismo siempre estuvo en el RPM; **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR., a devolver la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren generado, y ordeno a Colpensiones a recibirlos; **SIN** constas, y **CONCEDIÓ** apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida así: Únicamente solicita adicionar la sentencia en el sentido de ordenar el traslado de los demás valores adicionales como gastos de administración y comisiones de aseguradora con cargo a los propios recursos del AFP Porvenir.

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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado **LUZ MERY CALDERON BELLO** el día 29 de noviembre de 1995; **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 consecuentemente continúe afiliada 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 PORVENIR S.A. el 29 de noviembre de 1995 (f-4/requerimiento a Porvenir SA 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, e historia laboral; **AFP PORVENIR** aportó: Solo ante requerimiento del a quo aportó los documentos requeridos, pues 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 29 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 29 de noviembre de 1996, la demandante tenía 352.7 semanas (f-33 historia laboral -expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 14 de octubre de 1960 f-31 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017 (precisando que para el año 2016, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., la demandante había cotizado más de 1647 semanas, (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 las demandadas, 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 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 PORVENIR S.A., el 29 de noviembre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que 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 prueba 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.º 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, frente a la apelación de Colpensiones y grado jurisdiccional de consulta en su favor, se adicionara lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, 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 **LUZ MERY CALDERON BELLO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR SA, el 29 de noviembre de 1995; y Se adicionara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los mismos se devolveran debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

No hay lugar a 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 19 de abril de 2022 por el Juzgado 29 Laboral el Circuito de Bogotá, **ADICIONANDOLA** en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán 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.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luz Mery Calderón Bello
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**029-2021-00154-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **a44dd9f1d0c875f5888f3993198df466830452ac44781fb2bf288a6d64e0fcef**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:19 PM

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. 31-2021-00500-01

Bogotá D.C., Noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: FREDY ALBERTO SANCHEZ MENDOZA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, CC37.627.008 y TP N°221228 del CSJ, según sustitución allegada oportunamente otorgada por la apoderada general de la entidad Dra. MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA; igualmente se reconoce personería para actuar como abogada sustituta a la Dra. JESSICA FERNANDA GIRON SANCHEZ, cc 1.049.635.136 y TP 368140 del CSJ, de la Dra.- ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS, quien actúa como apoderado especial de Porvenir SA.

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

ANTECEDENTES

La señora **FREDY ALBERTO SANCHEZ MENDOZA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad de la afiliación efectuada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado en septiembre de 1997 por existir engaño y exento de buena fe al inducirlo en error y viciando el consentimiento..
2. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a Porvenir SA retornar al demandante a COLPENSIONES con todos los valores recibidos, cotizaciones, bonos, sumas adicionales de aseguradora, con sus frutos e intereses y rendimientos; se ordene a Colpensiones recibirlo sin solución de continuidad.
3. Que se condene ultra y extra petita, y a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 2 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron las demandas en tiempo, como consta en auto de diciembre 13 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de abril de 2022 ABSOLVIO a las demandadas e impuso costas a la parte demandante **FREDY ALBERTO SANCHEZ MENDOZA**, y **CONCEDIÓ** el recurso de apelación por ella interpuesto.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

- Solicita revocar la sentencia y acceder a las pretensiones.
- El fallo no se ajusta a la realidad fáctica, pues no se estudió la ineficacia conforme a la jurisprudencia vigente ya que el deber de información corresponde al fondo privado, desde la misma expedición de la ley 100/93.
- El a quo está suponiendo que debió recibir la información del AFP, por el solo hecho de no creerle lo dicho en el interrogatorio, esto sin que exista absolutamente ninguna prueba que demuestre la información dada por el fondo privado al actor.
- Argumenta erróneamente que el deber de información solo surgió para los AFP en 2014.
- Tampoco es válido afirmar que con la sola firma del formulario se convalida el consentimiento informado, y que si recibió toda la información, cuando la jurisprudencia dice todo lo contrario.
- Claramente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la carga de la prueba en cuanto al deber de información corresponde a los fondos privados.

No existiendo irregularidad que invalide lo actuado, procede la sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por **FREDY ALBERTO SANCHEZ MENDOZA** el día 10 de septiembre de 1998. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Porvenir SA devuelva la totalidad de aportes y demás adehalas a la afiliación que le hubieren descontado, a Colpensiones y continúe afiliado en el RPM sin solución de continuidad.

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 el 10 de septiembre de 1997 (f.43 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 tuvieran 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, relación histórica de movimientos, formulario, petición de oct.24 de 2019 y respuesta. Relación de aportes, simulación pensional, bono pensional, historia laboral bono, SIAFP, consulta Asofondos, publicación del Tiempo 2004, concepto de la Superfinanciera 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 10 de septiembre 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 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 10 septiembre de 1997, el demandante tenía más de 297.2 semanas (f.24 cont. Porvenir,), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 16 de julio de 1961, f 17 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 al llegar a los 62 años de edad, y tener más de 1300 semanas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de la historia laboral allegada por Porvenir F.24 tenía 1363 semanas) 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, 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 el 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 PORVENIR S.A., el 10 de septiembre de 1997, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que 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 el contrario los argumentos jurídicos de la a quo para forzar del interrogatorio de parte una confesión, no se compadecen con la abundante línea jurisprudencial que nos ha fijado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la carga dinámica de la prueba, que correspondía evidentemente al Fondo privado demostrar que si había brindado suficiente asesoría a su afiliado, y que brilla por su ausencia en el plenario.

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 lo decidido por el a quo, que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, por ser profesor universitario, se puede establecer que convalidó su consentimiento de haberse afiliado al RAIS, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto pero no como lo interpretó el juzgador de instancia, en varias decisiones a saber:

Sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021:(...) *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.º 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(...)

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.**”*

Del mismo modo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Se decidirá 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)

Es claro que el demandante cuando se trasladó de régimen en 1997 no tenía los conocimientos jurídicos que el a quo enunció tenía, por ser profesor universitario y presuntamente haber reconocido en el interrogatorio que conocía los regímenes pensionales, cuando claramente lo que expuso en el citado interrogatorio, fue precisamente que no le habían suministrado la información suficiente para tener un

consentimiento debidamente informado, para poder tomar la decisión de trasladarse de régimen.

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, simplemente tendrá que recibir no solo los aportes y sus rendimientos financieros, sino los gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, y seguros previsionales, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, y se accederá a las pretensiones de la demanda.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

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: **REVOCAR** la sentencia proferida el 4 de abril de 2022 por el Juzgado 31 Laboral el Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** efectuado por **FREDY ALBERTO SANCHEZ MENDOZA**, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el día 10 de septiembre de 1997 a través del AFP PORVENIR SA.

SEGUNDO: Declarar que **FREDY ALBERTO SANCHEZ MENDOZA** siempre ha estado afiliado al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, por tanto Colpensiones recibirá todos los dineros objeto de condena de Porvenir, y actualizara la historia laboral del demandante.

TERCERO: **CONDENAR** a PORVENIR SA a devolver la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual efectuados por el demandante **FREDY**

ALBERTO SANCHEZ MENDOZA que comprenden las cotizaciones, rendimientos e intereses causados, bonos pensionales si los hubiere; de igual manera devolverá de sus propios recursos los gastos de administración, los seguros previsionales descontados, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sin descuento alguno, y debidamente indexados al momento de pago, a Colpensiones..

CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas 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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Fredy Alberto Sánchez Mendoza
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**031-2021-00500-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **17e4629539e1a595f08e3f7e7ad0301452ee8feef9d003ca04f2ffe77ac5a281**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:18 PM

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. 32-2020-00286-01

Bogotá D.C., noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ALEXANDRA VILLAMIZAR BERNAL
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A, AFP COLFONDOS SA, AFP SKANDIA SA.
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA-COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderados de las demandadas AFP Porvenir SA al Dr. Alejandro Miguel Castellanos López CC 79.985.203 y TP 115-849 del CSJ, según poder que reposa en el expediente; y AFP Skandia SA la Dra. Leidy Yohana Puentes Trigueros CC 52.897.248 y TP 152.354 del CSJ, como representante legal según certificado de existencia y representación legal adjunto.

La demandante y las demandadas Colpensiones, Skandia, y Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ALEXANDRA VILLAMIZAR BERNAL instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, COLFONDOS, SKANDIA y la AFP PORVENIR SA, Y llamada en garantía por Skandia SA, Mafre Colombia Vida Seguros SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad y/o la ineficacia del traslado realizado por **ALEXANDRA VILLAMIZAR BERNAL** del Régimen de Prima Media al RAIS, AFP Horizonte -hoy Porvenir SA el 12 de enero de 1998, y que nunca estuvo afiliada al RAIS.
2. Que, se condene a Colpensiones a recibirla y a Old Mutual-hoy Skandia SA trasladar los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y gastos de administración; se condene en costas; y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de diciembre 7 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en autos de abril 7 de 2021 (Skandia), agosto 4 de 2021 (Colpensiones y Mafre), y noviembre 19 de 2021 (Porvenir); se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 5 de mayo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **ALEXANDRA VILLAMIZAR BERNAL**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Horizonte hoy Porvenir SA, realizado el día 12 de enero de 1998; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y a COLFONDOS SA, a devolver a Colpensiones debidamente indexados los gastos de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos; Condeno a Skandia SA a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos que se hubieren generado, lo mismo que los

gastos de administración debidamente indexados, CONDENO a COLPENSIONES a tener como afiliada a la demandante sin solución de continuidad.; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a Porvenir a favor de la demandante, y a Skandia SA a favor de Mafre Colombia Vida Seguros SA, y **CONCEDIÓ** apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

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

- No está de acuerdo con la ineficacia declarada, pues el artículo 2 de la ley 797 de 2003 en armonía con el AL 01 de 2005 prohíbe el traslado de fondos cuando falten 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y la demandante solicitó el traslado estando dentro de dicha prohibición.
- La demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y es solo a estas personas que han cotizado más de 15 años antes de entrar a regir la ley 100/93 a las que se les permite regresar al RPM en cualquier tiempo.
- Esta devolución afecta la estabilidad financiera de Colpensiones, pues la demandante no cotizó para el fondo público, y no se pudieron efectuar sus proyecciones pensionales.
- El deber de información nació en el año 2015, y no es retroactivo, y también para el momento de la afiliación se cumplió con los requisitos legales por parte del AFP.
- Colpensiones es un tercero de buena fe, pues nada tuvo que ver en el traslado que efectuó la demandante en el año 1998

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también a 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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE HOY PORVENIR SA, efectuado por **ALEXANDRA VILLAMIZAR BERNAL** el día 12 de febrero de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP SKANDIA S.A(a donde está afiliada en

la actualidad) y los demás fondos en donde estuvo vinculada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada 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 S.A. hoy PORVENIR SA, el 12 de febrero de 1998 (f-80/contestación demanda Porvenir SA 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 tuvieran 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** aportó: Certificado Asofondos, SIAFP, formulario de afiliación, página del Tiempo de enero 14 de 2004, comunicado de prensa, concepto de la Superfinanciera 2020, relación de movimientos, relación de aportes, historia laboral RAIS, respuestas a solicitud de traslado; AFP SKANDIA SA: afiliación de abril 5 de 2010, historia laboral, estado de cuenta, bono pensional, derecho de petición de agosto 23 de 2019 a Old Mutual, respuesta, simulación pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de febrero 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 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 1998, la demandante tenía 185.43 semanas (f-80 y 94 -expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 22 de mayo de 1962 f-78 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM cuando reuniera el numero de semanas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Skandia S.A., la demandante había cotizado más de 1053.72 (F.80 y 94 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 la apelante, 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 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 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que HORIZONTE HOY 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 prueba 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.º 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 en sus alegaciones, 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se adicionara lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, 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 **ALEXANDRA VILLAMIZAR BERNAL** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP HORIZONTE HOY PORVENIR SA, el 12 de febrero de 1998; y Se adicionara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración todas las aseguradoras en la que estuvo afiliada la demandante devolverán, las

primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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 DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de mayo de 2022 por el Juzgado 32 Laboral el Circuito de Bogotá, ADICIONANDOLA en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; 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 los fondos en los que estuvo afiliada la demandante 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.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Alexandra Villamizar Bernal
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**032-2020-00286-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **8ffc2d2435633295dcfd3d636408fa2ac1c6f2818c5db84b22d9c14582d55cc**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:18 PM

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. 35-2021-00205-01

Bogotá D.C., noviembre 30 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: MARTHA EUGENIA RAMIREZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP COLFONDOS S.A,
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 en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante y la demandada Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de junio 17 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARTHA EUGENIA RAMIREZ RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP 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 nulidad de la afiliación al RAIS realizado por **MARTHA EUGENIA RAMIREZ RODRIGUEZ** del Régimen de Prima Media, AFP Colfondos SA el 29 de diciembre de 1998 por existir engaño y asalto a la buena fe; se ordene a Colfondos retornar a la demandante junto con los valores recibidos, cotizaciones, bono pensional, sumas adicionales de aseguramiento con sus frutos e intereses, rendimientos a Colpensiones régimen de prima media; se ordene a Colpensiones recibirla y continuar afiliada. Costas y agencias en derecho, y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 8 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y COLFONDOS, en tiempo, como consta en auto de marzo 16 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de abril de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **MARTHA EUGENIA RAMIREZ RODRIGUEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por Colfondos SA; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con rendimientos; a pagar de su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración conforme al tiempo que estuvo afiliada al fondo privado.

Condeno a Colpensiones a afiliarse a la demandante en el régimen de prima media y recibir todos los aportes que había efectuado a Colfondos, Condeno en costas a Colfondos-; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a Colfondos, y **CONCEDIÓ apelación a Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en su favor.**

RECURSO DE APELACIÓN

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

-No está de acuerdo con la ineficacia declarada, pues la carga de la prueba contrario a lo afirmado por el a quo, la corte constitucional en reiterados fallos estableció que corresponde al actor demostrar el engaño del que fue objeto, y en este caso no lo hizo.

-La demandante señaló en el interrogatorio de partes que recibió la información suficiente por parte del fondo privado.

-Con esta decisión se afecta la estabilidad financiera de Colpensiones pues en este fondo público se maneja un plan de riesgo moderado en donde impera la solidaridad de todos los afiliados, y la demandante nunca fue parte de este fondo público durante muchos años, por tanto no tiene Colpensiones porque asumir dicho riesgo viéndose obligado a asumir una pensión para la que no estuvo cotizando la demandante, sin posibilidad de establecerse las proyecciones pensionales.

Solicita se revoque la sentencia.

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 nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA, efectuado por **MARTHA EUGENIA RAMIREZ RODRIGUEZ** el día 29 de diciembre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada 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 S.A. el 29 de diciembre de 1998 (f-92/contestación demanda Colfondos SA 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 COLFONDOS** aportó: Certificado Asofondos, SIAFP, formulario de afiliación, y reporte de estado de cuenta.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de diciembre 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 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 diciembre de 1998, la demandante tenía 344-29 semanas (historia laboral Colpensiones demanda -expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 28 de abril de 1967 f-78 demanda-expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024 (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Colfondos S.A., la demandante había cotizado más de 1159-58 semanas, (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 apelantes, 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 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 COLFONDOS S.A., el 29 de diciembre de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS 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 prueba 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.º 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 la demandada apelante, 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, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se aclarará lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, 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 **MARTHA EUGENIA RAMIREZ RODRIGUEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS SA, el 29 de diciembre de 1998; y Se aclarara la decisión, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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 **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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 4 de abril de 2022 por el Juzgado 35 Laboral el Circuito de Bogotá, ACLARANDOLA en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales; 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 Colfondos 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.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Martha Eugenia Ramírez Rodríguez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**035-2021-00205-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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: **0d9a1e7af14113235c5ee180c9ea3951ba52f3b5ddf10d67114d2af34d2bd769**

Documento generado en 12/01/2023 12:56:18 PM

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. 021-2020-00097-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: IVAN JOSE IGUARAN CAMARGO
DEMANDADO: CARBONES DEL CERREJON LIMITED.
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 21º Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de AGOSTO de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

I-ANTECEDENTES

El señor **IVAN JOSE IGUARAN CAMARGO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **CARBONES DEL CERREJON LIMITED**, debidamente sustentada como aparece de folios 1 a 130 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES PRINCIPALES:

1-DECLARAR la nulidad del acta de conciliación 191 suscrita el 21 de septiembre de 2016 ante el Ministerio de Trabajo y la Seguridad Social seccional Maicao, por existir vicios del consentimiento y sin que haya mediado autorización del Ministerio de Trabajo como la prevé el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

2-DECLARAR que la empresa CARBONES DEL CERREJON LIMITED y el poderdante no existió solución de continuidad en su relación de trabajo y, por tanto se debe disponer el reintegro en las mismas condiciones en que venían laborando, o a un cargo de igual o superior categoría al que tenían al momento de la celebración de la ilegal conciliación, y con el pago a título de indemnización de: Todos los salarios y prestaciones legales y extralegales, con sus correspondientes aumentos, incrementos, reajustes, intereses e indexación, desde el día de la desvinculación hasta cuando se efectue el reintegro.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1-De manera subsidiaria y en la medida que no sea reconocido el reintegro solicito señor juez se condene a CAEBONES DEL CERREJON LIMITED a reconocer una indemnización. Equivalente a 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, como lo señala el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

2-Condene a la demandada reconocer a favor de mi apadrinado un valor equivalente a 48 veces el salario básico mensual que estaba devengando el trabajador, en el momento en que le fue declarada la invalidez en los términos señalados en el artículo 96 de la convención colectiva de trabajadores 2017,2017.

3-Se condene en costas a la demandada.

4-Se condene Extra y Ultra petita.

II-TRAMITE PROCESAL

La demanda fue inadmitida mediante auto de julio 9 de 2020, luego de subsanada fue admitida mediante auto de noviembre 4 de 2020.

Contestó demanda: CARBONES DEL CERREJON LIMITED en tiempo, tal como se advierte del medio digital que obra de folio 156 del expediente, según auto de 15 julio de 2021, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, entre ellas cosa juzgada.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 21° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, dicto sentencia el 3 de agosto de 2021, así:

“

“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de **INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES, COSA JUZGADA, Y COBRO DE LO NO DEBIDO** propuestas por la pasiva, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones formuladas por **IVAN JOSE IGUARAN CAMARGO** en contra de la demandada CARBONES DEL CERREJON LIMITED.

TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante, y a favor del CERREJON. Incluyase en su liquidación la suma de \$800.000 como agencias en derecho.

CUARTO: En caso de no ser apelada **CONSULTESE LA SENTENCIA.**”

Luego del análisis fáctico y jurídico la operadora judicial de primer grado, encontró que en la demanda no se planteó ningún vicio del consentimiento que pudiera ser demostrado dentro del proceso; por el contrario en el interrogatorio de parte confeso que él no informó que en ese momento estaba siendo objeto de calificación sobre su estado de invalidez.

No es creíble que sustente el demandante que sufrió engaño, ante el ofrecimiento de 400 millones por la empresa como bono de retiro para

terminar el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, cuando la indemnización por despido unilateral era mucho menor.

Tampoco es creíble que manifiesta que estaba en un estado de necesidad, puesto que solo recibía ingresos cuando estaba incapacitado de 300 mil a 600 mil mensuales, pues de las pruebas documentales se puede establecer que en los períodos en que estuvo incapacitado recibió el 66.66% del salario es decir, más de tres millones de pesos mensuales.

La conciliación solo se hizo sobre derechos inciertos y renunciables, ya que los derechos ciertos e irrenunciables fueron pagados con la liquidación de prestaciones sociales a la terminación del vínculo.

El testimonio de Jorge Ortega no puede ser tachado de sospechoso, pues a pesar de ser trabajador directivo de la empresa, fue el encargado de efectuar los ofrecimientos de retiro voluntario ante los trabajadores.

En cuanto a la debilidad manifiesta o discapacidad en que dice se encontraba el demandante, la empresa presentó oferta económica a todos los trabajadores que quisieran acogerse al retiro voluntario, y el actor acudió voluntariamente a la diligencia de conciliación, y los términos se pactaron por mutuo acuerdo ante la autoridad competente como es el Inspector del Trabajo de Maicao, y este acuerdo conciliatorio nada tiene que ver con la pérdida de capacidad laboral del trabajador, pues ante la empresa no había ninguna recomendación de carácter laboral o solicitud de reubicación de puesto de trabajo; tampoco existía calificación de pérdida de capacidad laboral, pues claramente esta calificación fue expedida con posterioridad a la terminación del vínculo por mutuo acuerdo conciliatorio.

Sobre las pretensiones subsidiarias, tampoco hay lugar a la indemnización consagrada en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, pues el contrato no terminó en forma unilateral por el empleador como consecuencia del estado de discapacidad del empleado, sino que se dió por mutuo acuerdo mediante una oferta económica por parte de la empresa que fue acogida por el trabajador ante el Inspector del Trabajo, conforme lo establece la ley, y ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en especial la Sentencia SL1403 de 2021 que trató un asunto de similares contornos.

Tampoco hay lugar a conceder la indemnización contenida en el artículo 96 de la convención colectiva de trabajo, pues esta se da cuando el trabajador se pensiona por invalidez estando al servicio de la empresa, y en el caso presente no solo en la conciliación se dejó claramente estipulado que no se aplicaba esta cláusula, sino que la invalidez se produjo cuando el trabajador ya había finiquitado el vínculo laboral con la empresa.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, que se concede en efecto suspensivo.

Sustentación del recurso: “Lo que se pretende en esta sustentación es el reconocimiento de un fuero de salud, el cual fue reconocido por la demandada en el interrogatorio de parte.

No es necesario hacer muchas operaciones matemáticas para deducir que si el actor fue declarado con pérdida de capacidad laboral superior al 50% en un lapso de un mes posterior a la firma de la conciliación, era porque su estado de salud era grave.

El se encontraba en estado de incapacidad, pues están en el proceso todos los documentos, y fue reconocido por el representante legal de la demandada.

No era necesario que el trabajador manifestara en la diligencia de conciliación que estaba en trámite de reconocimiento de la calificación de su invalidez, porque la empresa tenía pleno conocimiento de su estado de salud.

El trabajador contaba con fuero de estabilidad reforzada conforme a la sentencia T 438 de 2020 el cual goza de irrenunciabilidad.

El hecho que se le este ofreciendo por el retiro una cifra superior a una indemnización por despido, debe ser objeto de sospecha, para darse cuenta que lo que en realidad la empresa quería, era deshacerse de la fuerza laboral que ya no le servía, en vista del estado de incapacidad del actor, lo que puede tomarse como una conducta discriminatoria.

Por esta razón pido se revoque por el superior este fallo y se acceda a las súplicas de la demanda.”

III-CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1**-En primer lugar si se configuró la excepción de cosa juzgada. En caso contrario, si hay lugar a reintegrar al demandante. **2**-Así mismo, si el actor gozaba de estabilidad laboral reforzada por encontrarse dentro del las previsiones del artículo 26 de la ley 361 de 1997.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante **IVAN JOSE IGUARAN CAMARGO** suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad CARBONES DEL CERREJON LIMITED, vigente entre el 24 de julio de 1986 y el 30 de septiembre de 2016, ejerciendo el cargo de AUXILIAR 15, con una asignación básica mensual igual a \$3.961.214, así se determinó en la demanda (Folio 21), se aceptó por la demandada, y así quedó definido en la sentencia de primera instancia, sin que haya reparo alguno frente a este tema.

EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA.

Ahora, el fallo de instancia econtro demostrada la excepción de cosa juzgada, sobre la cual el accionante aunque no manifiesta su inconformidad, si es necesario estudiarla, pues tiene relación directa con el objeto de la apelación, como es la estabilidad laboral reforzada por motivo de salud; aduce el demandante que la compañía accionada que suscribió un acta de conciliación con el demandante, en la que se terminó el contrato de trabajo y se le concedieron unas indemnizaciones, no puede considerarse como cosa juzgada puesto que la empresa era conocedora del estado de salud del trabajador y de los padecimientos e incapacidades que venía sufriendo, tanto que Colpensiones le reconoció pensión de invalidez el 13 de diciembre de 2016.

A efectos, de resolver el anterior cuestionamiento, el artículo 19 de la Ley 712 de 2001 y 303 del C.G.P., determinan los presupuestos para la existencia del medio exceptivo en mención, así:

- a). Que en el nuevo proceso exista identidad jurídica de partes.

b). Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, sobre las mismas pretensiones.

c). Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa que originó el anterior, es decir, por los mismos hechos.

Por otra parte la Corte Constitucional en la sentencia C-902 de 2008, manifestó:

“La conciliación es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, por cuyo medio las partes, con la ayuda de un tercero neutral, calificado y autorizado para ello, resuelven directamente un asunto en el que se presenta desacuerdo y que es susceptible de ser conciliable.

La conciliación judicial es un medio alternativo a la resolución del conflicto, mediante una decisión o fallo. En tal sentido, es una forma especial de poner fin al proceso, siendo el tercero que dirige esta clase de conciliación el juez de la causa, quien además de proponer fórmulas de arreglo, homologa o convalida lo acordado por las partes, otorgándole eficacia de cosa juzgada. En algunos casos, tal conciliación opera como requisito de procedibilidad.”

Realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto examinado, esta Sala encuentra que el día 21 de septiembre de 2016, acudieron ante la Inspección de Trabajo de Maicao-Dirección territorial de la Guajira, en forma voluntaria las partes hoy en litigio, para que le fuese pagado al trabajador demandante, Bono de retiro por \$400.000.000.00 y Bono por periodo de protección laboral previsto en el párrafo único del artículo 73 de la Convención Colectiva de Trabajo 2017-2017, suscrita entre CERREJON Y SINTRACARBON; además de la liquidación final de las acreencias laborales. Dice textualmente el acuerdo conciliatorio(folio 34 a 38):

“Las partes de manera voluntaria, libre y expresa, manifiestan y dejan testimonio de que:

2.1 En virtud de todo lo anterior La Empresa le ofrece al trabajador, para conciliar cualquier derecho incierto y discutible, a título de suma objeto de conciliación, lo siguiente:

a)Bono Retiro, la suma de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$400.000.000.00), que no tiene carácter salarial, sobre la cual la empresa

hará un aporte voluntario condicionado en el plan de pensiones por retiro constituido por la EMPRESA en el Fondo de Pensiones Voluntarias Porvenir, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA a nombre del trabajador por valor de CIENTO TRECE MILLONES SESENTAY UN MIL PESOS (\$113.061.000).

b) Bono por periodo de Proteccion Laboral, en línea con lo previsto en el párrafo único del artículo 73 de la Convencion Colectiva de Trabajo 2016-2017, suscrita entre CERREJON y SINTRACARBON, la EMPRESA entregara a el trabajador, por una sola vez, la suma de TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y UN MIL DOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$3.971.261), no constitutiva de salario ni de prestaciones sociales, que aquel recibirá bajo el compromiso personal e indelegable de destinar al sostenimiento ybpago de su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, mediante el Plan Obligatorio de Salud (POS) que le ofrece la Entidad Promotora de Salud (EPS) escogida por èl, al menos, durante los próximos doce (12) meses siguientes, contados a partir de la firma de esta Acta de Conciliacion, sin carácter de salario.

Los anteriores valores en adición a su liquidación final de acreencias laborales.

2.2 Ante el ofrecimiento que hace la empresa, el Trabajador acepta expresamente, todos los valores que constituyen la suma objeto de conciliación, así como los planteamientos, discrepancias, cuantías y demás puntos contenidos en el Acta, declarando totalmente a PAZ Y SALVO a CARBONES DEL CERREJON LIMITED, CERREJON, por todo concepto de carácter laboral, como salarios, recargos a los mismos, trabajo de dominicales y festivos, descansos compensatorios, cesantías, intereses a las mismas, prima de servicios, vacaciones, indemnizaciones de cualquier naturaleza, como la relacionada con la eventual perdida de mi capacidad laboral (PCL) inferior al 50% de origen común o laboral; vacaciones, factores salariales, bonificaciones, devolución de sumas descontadas de sus salarios o prestaciones sociales, beneficios y auxilios extralegales o convencionales en dinero, o en especie, y en fin sobre cualquier otro derecho nacido o por surgir del contrato de trabajo, que finalizo de mutuo acuerdo. Igualmente, el trabajador acepta y autoriza expresamente, que los valores mencionados en el numeral 2.1 constituyen la suma objeto de conciliación, y podrán ser imputables o compensables con cualquier

derecho o acreencia laboral que tuviere que reconocer la Empresa en virtud del contrato que existió entre las partes. De igual manera, el Trabajador declara expresamente ante el señor Inspector de Trabajo, que (i) a la fecha no he sido calificado como invalido por enfermedad general o por accidente de origen común, así como tampoco por accidente de trabajo o enfermedad laboral, por parte de ninguna autoridad competente, sean publicas o privadas; (ii) que por lo que acabo de expresar, admito que no he comunicado a la Empresa haber sido calificado como invalido, siendo la causal de terminación de mi contrato de trabajo el mutuo acuerdo al que hemos llegado a través del presente acto, y no por reconocimiento de la pension de invalidez; y (iii) que al no existir duda acerca de la causal de terminación de mi contrato de trabajo, manifiesto que solo recibire la suma de dinero señalada en la presente conciliación, la cual reconozco y declaro como incompatible y excluyente del Seguro por Invalidez establecido en el artículo 96 de la Convencion Colectiva de Trabajo 2016-2017 (a cargo de Metlife Colombia Seguros de Vida SA), toda vez que tengo pleno y absoluto conocimiento de que a la fecha no reuno los requisitos previstos en dicho artículo 96 y en las Polizas números 2004109 (EG) y 1054280 (ATEP) para reclamar y exigir a Metlife, por ningún medio, el reconocimiento y pago del beneficio económico “Seguro por Invalidez” de origen convencional o voluntario, que, de por si, es ajeno al cubrimiento prestacional propio del Sistema de Seguridad Social Integral previsto en la ley 100 de 1993.

2.3- La liquidación definitiva del trabajador es la que resulte de la cifra indicada en el ítem 2.1 que antecede, mas los salarios y prestaciones y demás conceptos insolutos menos los descuentos o deducciones de ley y las autorizaciones dadas por el trabajador tal como aparecerán en dicha liquidación. El trabajador manifiesta su conformidad con este punto.

La liquidacion final será entregada el día 30 de septiembre del año 2016 a la hora de las seis de la tarde (06:00 PM) mediante transferencia electrónica a la cuenta que tiene registrada el trabajador en la compañía.

2.4- La Empresa deja constancia que por el Trabajador, y durante la relación laboral, pago todos los aportes a Seguridad Social y demás aportes parafiscales; así mismo, conjuntamente con la liquidación final la empresa entregara al trabajador un certificado de pago de los aportes correspondientes a la Seguridad Social y Parafiscalidad sobre sus salarios de los últimos 3 meses anteriores a la terminación del contrato, igualmente

las partes establecen expresamente, que ninguno de los beneficios que recibirá el trabajador, como resultado de la presente conciliación constituyen salario.

AUTO:

Teniendo en cuenta la voluntad de las partes y que el presente acuerdo no vulnera derechos ciertos e indiscutibles, el despacho imparte su aprobación al presente acuerdo, haciéndoles la advertencia que el acuerdo hace tránsito a cosa juzgada y su acta presta mérito ejecutivo al tenor de los Arts. 78 del CPL, 66 de la ley 446 de 1998, 488 del CPC, 19, 20 y 28 de la ley 640 de 2001, 29 y 30 del DC2511 de 1998.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se firma por los que en ella intervinieron, una vez leída y aprobada por los mismos, recibiendo copia.

El Convocante: IVAN JOSE IGUARAN CAMARGO

Apoderado Parte Convocada: ROGERS ENRIQUE AGUIRRE ORTIZ

Por el Ministerio del Trabajo: ELAICER MONTENEGRO FUENTES.

”

De acuerdo, al material probatorio reseñado, establece esta Sala de Decisión, lo siguiente.

1. Existió identidad de partes, pues tanto en la conciliación extrajudicial, como en la presente controversia, el demandante es el señor **IVAN JOSE IGUARAN CAMARGO** en tanto la entidad llamada a juicio, lo es, CARBONES DEL CERREJON LIMITED.
2. En cuanto al objeto y causa ocurre lo mismo, pues si bien a través del proceso ordinario se busca la nulidad del acuerdo conciliatorio, en el mecanismo de solución de conflicto, el accionante pretendió el pago de un Bono de retiro que por su cuantía considerable comprendió la totalidad de derechos inciertos y discutibles que podrían presentarse dentro de un litigio, no quedando absolutamente ningún punto de desacuerdo dentro de la conciliación, incluso, se tuvieron en cuenta circunstancias como la ausencia de calificación del estado de invalidez, y el no reconocimiento de las indemnizaciones convencionales consagradas en el artículo 96 de la misma.

3. Los derechos ciertos e indiscutibles fueron cancelados en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, junto con las sumas conciliadas ante el Inspector del Trabajo el día 21 de septiembre de 2016, tal como allí se acordó mediante transferencia bancaria a la cuenta del trabajador.

En los anteriores términos, se logra determinar que el medio exceptivo de la cosa juzgada se configuró, por lo que la sentencia de primera instancia será confirmada en este aspecto.

ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MOTIVOS DE SALUD:

Manifiesta el apelante que lo que pretende es el reconocimiento de un fuero de salud, pues el demandante fue retirado del empleo cuando estaba incapacitado, y de eso tenía conocimiento la empresa.

La estabilidad laboral reforzada por fuero de salud se encuentra estrechamente vinculada a varios mandatos constitucionales, tales como la estabilidad en el empleo, la previsión, rehabilitación e integración social a favor de las personas en condición de discapacidad; el deber de proteger a personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta con miras a que se promueva una igualdad real y efectiva; y el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social.

La Ley 361 de 1997 se expidió con el fin de adoptar medidas de protección en favor de personas que son desvinculadas laboralmente como consecuencia de patologías, enfermedades o afecciones que pudiera presentar, previéndose entonces, una normatividad sancionatoria contra cualquier acto de discriminación en contra de estos sujetos. Así, en el artículo **26**, consagró la prohibición de terminar el contrato laboral de un trabajador por razón de sus limitaciones físicas o mentales, salvo que medie autorización de la oficina de trabajo, señalando que, además, en caso de incurrirse en tal falta, procede el reconocimiento de una indemnización en favor de quien fuere desvinculado.

En el examen de constitucionalidad de dicha disposición, mediante Sentencia C-531 de 2000, la H. Corte Constitucional consideró que el pago de una

indemnización en favor de los trabajadores que fueron despedidos y que se encontraban en situación de discapacidad o debilidad manifiesta *“presenta un carácter sancionatorio y suplementario pero que no otorga eficacia jurídica al despido o a la terminación del contrato de la persona con limitación, sin previa autorización de la oficina de Trabajo”*. Bajo esa perspectiva, resolvió declarar la exequibilidad, pero bajo el entendido de que *“el despido del trabajador de su empleo o terminación del contrato de trabajo por razón de su limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización. En caso de que el empleador contravenga esa disposición, deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización sancionatoria”*.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha determinado que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de seguridad social cubre; que su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica; y que se deben reunir tres requisitos para que haya lugar a las sanciones que genera la norma en comento (ineficacia de la terminación del vínculo y la indemnización sancionatoria): **i)** que el trabajador se encuentre dentro de una limitación moderada, severa o profunda (15% o más); **ii)** que el empleador conozca de ese estado de salud; y, **iii)** que termine la relación laboral «por razones de su limitación física», y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (Sentencia SL10538-2016).

Así mismo, la aludida corporación enseñó que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud de un trabajador (sentencias del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018) y en sentencia SL2586-2020 explicó que, de permitirse la anterior solemnidad, su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

En sentencia del 18 de septiembre de 2012, Rad. 41845, dicha Corporación expuso que en casos donde la enfermedad sea considerada como *“hecho notorio”*, los sentenciadores gozan de la potestad legal de apreciar libremente las

pruebas para formar su convencimiento, de tal manera que lo induzcan a hallar la verdad real y no la simple formal que aparezca en el proceso; providencia que fue reiterada en la citada sentencia SL11411-2017. Y recientemente, en sentencias SL572-2021, SL1039-2021, y SL711-2021, la Sala de Casación Laboral, reiteró la postura general aludida, reafirmando el criterio referido.

Finalmente se precisa que a partir de la sentencia SL1360-2018, el órgano de cierre de esta jurisdicción abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”, para señalar que “el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”,* por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad en cualquiera de los grados para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que de contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la ya mencionada sentencia SL711-2021.

Ahora para mayor claridad, y por estar en situaciones facticas similares a la actual, como lo establecio acertadamente la a quo, la Sala de Decongestion Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 13 de abril de 2021 SL1403, establecio lo siguiente:

“La Corte no advierte en qué consiste el yerro derivado de la valoración de este elemento de juicio pues, tal como lo precisó el juez de segundo grado, no alude al estado de salud; incapacidad o discapacidad del trabajador, sino simplemente se infiere un acuerdo voluntario entre las partes de dar por finalizado dicho vínculo, a cambio del pago de los salarios y prestaciones sociales debidos junto con el reconocimiento de una bonificación; que no atiende a la situación o condición del actor, ni mucho menos puede apreciarse algún tipo de discriminación en su contra o intención de ocultar una presunta enfermedad que impidiera su continuidad laboral, por lo que se trata de simples apreciaciones subjetivas de la censura, no contrastables con el contenido de ese medio de prueba.”

Por el contrario, sin perjuicio de la vía escogida, resulta oportuno recordar que la jurisprudencia de esta Sala ha insistido en que la protección establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se refiere a despidos motivados en razones discriminatorias, lo que significa que es legítima la extinción del vínculo laboral soportada en causas objetivas o justas (CSJ SL260-2019), como evidenciaría dicha acta de conciliación, cuya lectura lo único que permite concluir es que las partes, de manera libre y voluntaria, decidieron dar por finiquitada la relación de trabajo, con el consecuente pacto de beneficios económicos en favor del actor.

Ahora, la falta de validez de dicho acuerdo de conciliación o la existencia de un presunto vicio en el consentimiento que otorgó el demandante al momento de suscribirlo, no son circunstancias que se acrediten de la lectura del texto de ese pacto y no pueden derivarse, únicamente, de la existencia de unas condiciones de salud previas a su suscripción, pues, en estricto sentido, sigue siendo legítima la terminación unilateral del contrato por parte del empleador que no obedezca a la situación de discapacidad del empleado sino a una razón objetiva (CSJ SL679-2021) o su finalización por mutuo acuerdo, de manera bilateral, como ocurrió en este caso.”

Para el caso que nos ocupa, a pesar que como lo afirma el apelante, el actor tiene un calificación del estado de invalidez por parte de Colpensiones (f.23 a 32), el cual determino una perdida de capacidad laboral del 58.25% con fecha de estructuración 16 de septiembre de 2016, lo cierto es que para la fecha de expedición de dicho dictamen, que lo fue del 17 de octubre de 2016, es claro que la referida calificación se dio con posterioridad al término de la relación laboral por mutuo acuerdo conciliatorio que se suscito entre las partes el día 21 de septiembre de 2016.

Claramente para la fecha en mención, y con claridad meridiana el trabajador-hoy demandante- manifestó entre muchas otras cosas, ante la posibilidad económica ofrecida por la empresa de un bono de retiro por 400 millones, que no estaba en tramite alguno de calificación de invalidez, que el motivo de la terminación del vínculo era por mutuo acuerdo, y no por el reconocimiento de la pension de invalidez, y que solo recibiría los dineros pactados en la conciliación como excluyentes e incompatibles del seguro de invalidez establecido en el articulo 96

de la convención colectiva vigente, y que a esa fecha no reunía los requisitos establecidos en el citado artículo 96 y las pólizas respectivas.

De igual manera recibió la respectiva liquidación de sus prestaciones sociales legales y extralegales establecidas a la terminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo. Quedando claro para las partes ante la autoridad administrativa legalmente facultada, como lo fue el Inspector del Trabajo y Seguridad Social de Maicao, que se firmó y quedó ejecutoriada una conciliación que hizo tránsito a cosa juzgada.

Quedando entonces de forma patente en evidencia, que la terminación del contrato de trabajo no obedeció, como lo pretende el demandante a un actuar discriminatorio del empleador por el estado de salud del trabajador dentro de los rangos establecidos en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, como quiera que para la data de la terminación del vínculo por mutuo acuerdo conciliatorio el 26 de septiembre de 2016, no existía ninguna restricción por parte de las EPS o ARL que permitieran inferir al empleador que el trabajador se encontrara en alguna de las situaciones que le impedían terminar el contrato de trabajo, no obstante que lo que ocurrió en realidad fue una negociación u ofrecimiento económico por el empleador para terminar por mutuo acuerdo el vínculo laboral, mas no un despido por causa de enfermedad o incapacidad del empleado.

A pesar de relacionarse una serie de incapacidades a folio 22, las mismas se presentaron desde el año 2012, sin que exista prueba dentro del proceso, que para la época de la conciliación se hubieran presentado solicitudes de recomendación médica, o reubicación laboral por parte de la EPS COMEVA SA o la ARL a la que estaba afiliado.

En este orden de ideas, para la Sala analizado el material probatorio, encuentra que no podrán ser resueltas favorablemente las inconformidades del apelante, por lo que se CONFIRMARA la sentencia de primera instancia.

IV-COSTAS:

Costas a cargo del apelante y favor de la demandada. Incluyanse 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

V-RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS esta instancia a cargo de la parte demandante apelante. Incluyanse en la liquidación que efectúe el a quo, como agencias en derecho la suma de medio 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

Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO