



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 003-2021-00338-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARIO LARA PEREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
COLFONDOS S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES) // CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada PORVENIR S.A., y COLPENSIONES presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 28 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor MARIO LARA PEREZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. como aparece en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. DECLARAR la nulidad del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a PORVENIR y COLFONDOS S.A., a restituir a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros, cuotas de administración, entre otros conceptos.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a vincularlo en el régimen que administra y a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLFONDOS, contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones indicando, que los asesores de la entidad le brindaron al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, señalándole las características y el funcionamiento del RAIS, así como las diferencias con el RPM. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica. (carpeta 4)

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el actor, se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, por lo que a su juicio se hace imposible tenerlo como afiliado en el RPM, pues en caso contrario se estaría afectado la sostenibilidad financiera del sistema y una descapitalización del régimen que administra. Propuso las excepciones de

inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de Traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, entre otras (carpeta 5)

Finalmente, **PORVENIR S.A.**, aseguró que la afiliación realizada por la parte demandante, el 06 de febrero de 1995 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 09 de febrero de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado realizado por el **MARIO LARA PEREZ** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 6 de febrero de 1995, así como el traslado horizontal que posteriormente se dio a **COLFONDOS**; de igual manera, se declara la INEFICACIA de la decisión del Comité de Multiafiliación, para entender vinculado al **Demandante**, en forma válida al Régimen Solidario de Prima Media administrado por **COLPENSIONES**, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S. A.**, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante **MARIO LARA PEREZ** por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en el evento que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los descuentos que hubiera realizado por concepto de gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S. A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** los valores que hubiese descontado durante el tiempo de permanencia del Demandante **MARIO LARA PEREZ** por concepto de gastos de administración, los valores de los seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima, todo conforme a la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - **COLPENSIONES** a que acepte el traslado y recibir los dineros que efectúe las **AFP'S PORVENIR S. A. y COLFONDOS S. A.**, para que proceda a activar la afiliación del Demandante **MARIO LARA PEREZ**, como si nunca se hubiese traslado del régimen de Prima Media con

Prestación Definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción propuesta por **COLPENSIONES**, que denominó principio constitucional de sostenibilidad del sistema financiero, y la de **prescripción** propuesta por cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a todas las Demandadas las que se tasan en la suma de **UN MILLÓN CUATROCIENTOS MIL (\$1.400.000) PESOS MCTE** a cargo de cada una.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, los cuales argumentaron, así:

PORVENIR S.A.: insiste en que cumplió con el deber de información para el año 1995, anualidad en la que el actor decidió trasladarse de régimen pensional, que además administró en debida forma la cuenta de ahorro individual del actor, y que en sede administrativa se atendió el problema de multivinculación del actor, señalándose que estaba válidamente afiliado al RAIS, por lo que dicha decisión no podía ser declarada INEFICAZ, trayendo a colación la sentencia SL3624 de 2022. Finalmente adujo que tampoco había lugar a devolver lo relacionado con rendimientos, gastos de administración y demás rubros, dado que se le prestó una debida cobertura a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Entre tanto **COLPENSIONES**, adujo que no se debió impartir condena en costas en su contra, como quiera que atendió lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, aunado a que el actor siempre estuvo de acuerdo con su vinculación al RAIS, dado el tiempo de permanencia en el mismo, sumado a que decidió realizar vinculaciones a distintos fondos

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 S.A., efectuado por MARIO LARA PEREZ el día 6 de febrero de 1995; 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A. y 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 el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 6 de febrero de 1995 (fl 66 del archivo 01 del expediente digital)

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

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

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

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera 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 (habiendo retornado 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 presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo. **AFP PORVENIR S.A.:** Certificado de existencia y representación legal, historial de vinculaciones, formulario de afiliación a PORVENIR S.A., certificado de afiliación, historia laboral consolidada y comunicados de prensa. **AFP COLFONDOS S.A.:** historial de vinculaciones, historia laboral y certificado de existencia y representación legal.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que los fondos demandados, hayan suministrado la suficiente información brindada el día 6 de febrero 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 en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, 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.

Aclarando 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 6 de febrero de 1995 , el demandante tenía 414,85 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES- folio 61 carpeta1 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 23 de septiembre de 1963 fl 85 del archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el 09 de enero de 2021 , fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por COLFONDOS. que obra en los fls 77 del archivo 01 del expediente digital, el demandante había cotizado 1.720); 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, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 6 de febrero de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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 petitionado 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 no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

En tal sentido, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, 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 lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente CONFIRMAR la condena impartida en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliado el demandante a su entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, 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.

Por ultimo debe indicarse, que si bien en sede administrativa se definió el tema de multivinculación del actor, lo cierto, es que al declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional, cuya consecuencia es retrotraer las cosas a su estado inicial,

es decir, como si el mismo nunca hubiese existido, es claro que cualquier actuación o decisión adoptada dentro del trámite administrativo quedo sin efectos, como quiera, que no tuvo validez el traslado efectuado al RAIS, ante la falta de información.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor MARIO LARA PEREZ del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 6 de febrero de 1995.

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, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones, y en esa medida se revocara parcialmente el numeral sexto de la

sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo UNICAMENTE de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante PORVENIR S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a favor de la parte actora, suma que se incluiría 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral sexto de la sentencia proferida el 09 de febrero de 2023, por el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá, en el entendido de **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de la condena en costas de la primera instancia, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, 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.

Los magistrados,

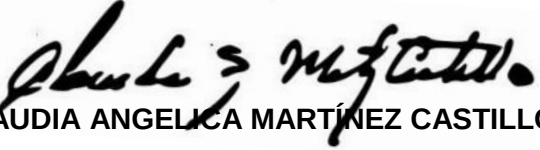


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500320210033801](#)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 012-2021-00497-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARTHA CECILIA VARGAS BERMUDEZ**
DEMANDADO: **PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACION DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor de la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 06 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 03 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA CECILIA VARGAS BERMUDEZ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **PORVENIR S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folios 5-22, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. **DECLARAR** que es beneficiaria del Régimen de Transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en consecuencia le es aplicable las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, para el reconocimiento de la pensión de vejez.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

2. **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a reconocer y pagar la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, o en su defecto de la Ley 100 de 1993.
3. **CONDENAR** a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las diferencias pensionales generadas como consecuencia de la reliquidación pensional.
4. **CONDENAR** a la pasiva, al pago de las mesadas adicionales, así como el pago de los reajustes periódicos.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

5. **CONDENAR a PORVENIR S.A.** a pagar los perjuicios causados derivados de la indebida asesoría y falsos ofrecimientos, recibidos al momento de trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual.
6. **CONDENAR** a la pasiva, al pago de los intereses moratorios e indexación.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la demandante ya cuenta con una situación jurídica consolidada en el sistema de seguridad social, dado que le reconoció una pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, con ingreso a nomina partir de mayo de 2015, en cuantía de \$727.674. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de reliquidar la pensión de vejez, compensación, pago, entre otras (folio 1-27 de la carpeta 6).

Mediante proveído del 16 de septiembre de 2022, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 7).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 6 de febrero de 2023, en el siguiente sentido:

***“PRIMERO. DECLARAR PROBADAS** la excepción de prescripción respecto de la pretensión relacionada con el pago de perjuicios, conforme a lo expuesto.*

***SEGUNDO: ABSOLVER a PORVENIR** de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARTHA CECILIA VARGAS*

BERMUDEZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$200.000

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de la demandante, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdicción de CONSULTA a su favor.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, insistiendo en la procedencia de la indemnización de perjuicios, con ocasión a la falta de información para el momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional. Aseguro que la Sala de Casación Laboral, como el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en su especialidad laboral, han indicado en sus providencias sobre la procedencia de esta acreencia, consistente en pagar una mesada igual a la que le hubiese correspondido en el RPM. Finalmente aseguró que al tratarse del derecho pensional, el cual es imprescriptible, irrenunciable y de tracto sucesivo, hay lugar a reconocer y pagar los perjuicios solicitados.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la acción con la que contaba la demandante para solicitar el reconocimiento y pago de indemnización plena de perjuicios, se vio afectada por el fenómeno jurídico de la prescripción.

ESTATUS DE PENSIONADA

Antes de adentrarnos a resolver los problemas jurídicos planteados, cabe indicar que en este asunto no existe discusión: **i)** que la demandante se afilió la REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, el 15 de septiembre de 1995 (folio 103 carpeta 6). **ii)** que el 26 de febrero de 2015, radicó solicitud de reconocimiento pensional ante PORVENIR S.A. (folio 101 y 106 de la carpeta 6). **iii)** que la entidad convocada a juicio le reconoció el beneficio pensional, en la modalidad de retiro programado, a partir del mes del 21 abril de 2015, en la suma de \$727.674 (folio 98 y 100 carpeta 6).

Así las cosas, tenemos que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, previo que la selección de uno de los dos regímenes que el Sistema de Seguridad Social en Pensiones trajo consigo, RPM o RAIS, debe obedecer a una decisión libre y voluntaria por parte de los afiliados. Así mismo, esa manifestación se materializa con el diligenciamiento de un formulario, autorizado por la Superintendencia Financiera, para cuya validez es necesario que se encuentre debidamente suscrito por el afiliado, por el empleador y por la persona autorizada por la administradora de pensiones.

Así mismo, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, consagra que cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección a instituciones integrantes del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedora al pago de una multa, quedando en todo caso sin efecto la afiliación efectuada en tales condiciones.

En esa medida, la libertad y voluntad del interesado en la selección de uno cualquiera de los regímenes que componen el subsistema de Seguridad Social en Pensiones, así como también el derecho a obtener la información debida y relevante, constituyen elementos que resultan intrínsecos a la esencia del acto de vinculación.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias con radicación 31989 y 31314 de 9 de septiembre de 2008, y de manera más reciente en fallos SL19447-2017, SL4964-2018, SL1452- 2019, SL4373-2020 y SL4811-2020, ha expresado que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación, cuando se omite el deber de información, por parte de las entidades administradoras del sistema general de pensiones.

En esta dirección, en providencia SL1688-2019, se reseñó la evolución normativa del deber de información que recae sobre las administradoras de pensiones, desde la Ley 100 de 1993, pasando por el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, hasta la Ley 1748 de 2014; sobre lo cual se estableció que dicho deber estaba inmerso en las funciones de las administradoras desde su creación, y con el transcurrir del tiempo, la intensidad de esta exigencia, cambió para acumular más obligaciones, pasando de una información necesaria, al buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Adicionalmente expuso sobre la inversión de la carga de la prueba, indicando que le correspondía al Fondo demostrar el cumplimiento de esta obligación, como quiera que pedir al afiliado una prueba de este alcance era un despropósito, en la medida que: (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones

mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del cambio de régimen debe conservarse en los archivos del fondo, en consideración a que es el fondo el que está obligado a brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Sin embargo, nuestro máximo órgano de cierre en la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, enunció que no procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, cuando el (la) demandante se encuentre pensionado en el RAIS, en esa oportunidad precisó que, la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir.

Adicionalmente, en el precedente señalado, se indicó que no se puede obviar la calidad de pensionado, toda vez que de proceder así, daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Para adoptar tal determinación, la Sala de Casación Laboral, expuso:

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

(...)

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. (...) Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses

del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono. Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado.

En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos”

El criterio expuesto, ha sido ratificado por la misma Corporación en providencias SL3707 del 18 de agosto de 2021, SL3871 del 25 de agosto de 2021, SL1418 de 04 de mayo de 2022, SL1577 de 27 de abril de 2022, entre otras.

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

Igualmente, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños, conminando al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado.

No obstante, la acción dirigida o encaminada a obtener la indemnización plena de perjuicios, puede verse afectada por el medio exceptivo de la prescripción si no se invoca dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad, que lo sería desde que adquirió el estatus de pensionado y así lo ha dejado sentado la Sala de Casación en la sentencia SL373 de 2021, al indicar: *“En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.”*

A lo que se debe agregar, que a esta acreencia no se le puede dar la connotación de imprescriptible, como quiera que no se trata del derecho pensional, sino en recibir una suma única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS -SL1956 de 2023-:

“Es cierto que esta Corporación ha sostenido reiterada y pacíficamente que el derecho pensional no prescribe, dado que su carácter de irrenunciable, de tracto sucesivo y vitalicio, de suerte que puede demandarse en cualquier tiempo (CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016), sin perjuicio de la extinción de las mesadas no reclamadas en tiempo; sin embargo, esa imprescriptibilidad no se aplica a la indemnización de perjuicios por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, en tanto es una consecuencia resarcitoria única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS, tampoco, como ahora lo propone la censura, se extiende a la acción consagrada en el art. 151 del CPTSS para reclamarla en juicio.”

En este orden, descendiendo al asunto de marras, se evidencia que la demandante adquirió la calidad de pensionada el 21 de abril de 2015, situación que le fue informada mediante carta fechada el 24 de abril de 2015 y recibida el 30 de abril de esa misma anualidad (folio 33 carpeta 1 y folio 100 carpeta 6), en tanto presentó petición, encaminada a obtener la indemnización plena de perjuicios, el día 29 de septiembre de 2021- *hecho 20 del escrito inicial*-, resultando claro para esta Sala de Decisión que transcurrió el término trienal previsto en el artículo 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S. entre una y otra actuación.

Por último cabe precisar que si bien la accionante, presentó una solicitud ante PORVENIR S.A., el día 4 de mayo de 2015, ésta estaba dirigida a la suspensión de la prestación, dada la inconformidad del monto, pero no se evidencia que se haya atendido de manera positiva esta súplica; mientras en el requerimiento invocado en el mes de noviembre de 2019, la accionante pretendía se declarara la nulidad del traslado efectuado al RAIS (Folio 43-45), es decir, ninguna de estas peticiones, interrumpió el fenómeno enunciado, siendo claro que este consiste en un simple reclamo efectuado ante el empleador o entidad, pero individualizando siquiera lo pretendido.

En este orden de ideas, y tal como ya se precisó, dado que entre la fecha en que la demandante adquirió el derecho pensional y la calenda en que reclamó la indemnización de perjuicios, transcurrieron más de tres años, no erró el juez en declarar probada la excepción de prescripción.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia dictada por el Juzgado de origen.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de febrero de 2023, conforme se expuso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

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

Los magistrados,

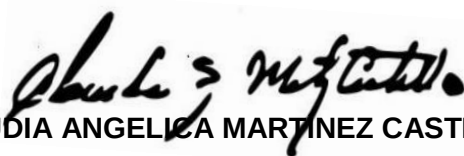


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501220210049701](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 17-2018-00174-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUIS CARLOS ORTEGA GALINDO**
DEMANDADO: **CINASCAR DE COLOMBIA SA**
CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERA
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2022 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor LUIS CARLOS ORTEGA GALINDO, instauró demanda ordinaria laboral contra de CINESCAR DE COLOMBIA SA hoy CINESCO, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS:

1. Que se declare que entre el señor demandante y CINESCAR DE COLOMBIA SA hoy CINESCO existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de Julio de 2006 al 07 de marzo de 2017.
2. Que se declare que el demandante es solidariamente responsable de todas y cada una de las pretensiones a favor de la actora y a cargo de CINESCAR DE COLOMBIA SA hoy CINESCO.
3. Que se declare que el demandante fue contratado en Colombia para prestar sus servicios en el exterior.
4. Que se declare que el demandante recibió en contraprestación de sus servicios un Salario mínimo integral por parte de la empresa CINESCAR DE COLOMBIA SA hoy CINESCO por todo el tiempo que duró el vínculo laboral.
5. Que se declare que el contrato de trabajo terminó por decisión de la demandada de forma unilateral y sin justa causa.

CONDENATORIAS:

1. El valor de los gastos que tuvo que pagar el demandante por causa de la terminación del contrato de forma intempestiva y sin justa causa, los cuales estuvieron relacionados con su repatriación y obligaciones adquiridas en Ecuador con ocasión al vínculo laboral adquirido con CINESCAR DE COLOMBIA SA.
 - a. 4.500 dólares por concepto de cánones de arrendamiento
 - b. 1.000 dólares por concepto de mudanza a Colombia
 - c. 300 dólares por concepto de la compra del tiquete con regreso a Colombia
2. la indemnización por despido sin justa causa, prevista en el artículo 64 del CST.
3. La indexación, sin necesidad de probar la depreciación de la moneda, por ser un hecho notorio.
4. Las costas procesales y agenciasen derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad CINASCAR DE COLOMBIA SA, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 11 de diciembre de 2018.

Por otra parte, el señor CARLOS JOSÉ MATTOS BARRERA, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo

excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 27 de marzo de 2019.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de mayo de 2022,

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de relación laboral con **CINASCOL S.A.S** y con el Señor Carlos José Meatos barrero, de acuerdo con las consideraciones precedentes.

SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados **CINALCO S.A.S**, y **CARLOS JOSÉ MATOS BARRERO**, de todas las pretensiones incoadas en su contra, según las razones expuestas en precedencia.

TERCERO: CONDENAR costas al demandante, en firme esta sentencia por secretaría practíquese la liquidación, Incluyendo agencias en derecho a cargo del demandante por valor de \$360.000 moneda corriente, que corresponderá o que se deben distribuir por proporciones iguales a favor de cada uno de los demandados.

CUARTO: ORDENAR la consulta de esta sentencia a favor del demandante, remítase el expediente al superior en las condiciones ya señaladas.”

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

- 1. EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se declare la existencia de una relación laboral desde el año 2006 a 2017. Así mismo, que se declare la responsabilidad solidaria del señor CARLOS JOSE MATTOS BARRERA. Solicita se declare que el demandante fue contratado en Colombia para prestar los servicios en el exterior, percibiendo como contraprestación un salario mínimo integral. Que la relación laboral se dio por terminada por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada, y en consecuencia se condene a pagarle al demandante el gasto que tuvo que sufragar en Ecuador por la terminación intempestiva de su contrato de trabajo, por la suma de 4.500 dólares por canon de arrendamiento, 1.000 dólares por concepto de mudanza a Colombia y 300 dólares por concepto de compra de tiquetes de Ecuador a Colombia, así como la indemnización por despido sin justa causa que establece el Art. 64 del CST.

Al respecto, trae a colación el Art. 57 del CST, el cual en su numeral 8 dispone la obligación del empleador con el trabajador de pagar los gastos razonables de ida y regreso para prestar sus servicios, lo que incluye el cambio de residencia, precisando que en los gastos de traslado, incluye los de su familia con quien convive, reiterando que el demandante fue contratado en Colombia, para ser trasladado a Venezuela y Ecuador, cumpliendo las funciones a él encomendadas, relación laboral que se dio por terminada de forma unilateral por parte de CINASCAR, solventando los gastos en que lo hicieron incurrir.

Indica que, si bien fue trasladado a Venezuela, fue trasladado posteriormente a Ecuador, y el contrato que tenía con CINASCAR COLOMBIA nunca terminó, por lo que siguió vigente, y por tal razón se le pagaron los salarios en Colombia, por esa razón procede la indemnización por despido sin justa causa, pues si bien le fue atribuido la disminución a las ventas, no se tuvo en cuenta el ambiente social y económico que se estaba viviendo en Ecuador, por el terremoto que hubo, lo que ocasionó una disminución en las ventas de vehículos, sin que fuera su responsabilidad, si se le achacó, atribuyéndole responsabilidades que no le correspondían.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí conforme el material probatorio obrante dentro del expediente, es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre el señor LUIS CARLOS ORTEGA GALINDO y la empresa CINASCAR DE COLOMBIA SA **2)** En caso afirmativo, si es procedente el pago de los gastos que tuvo que incurrir en el exterior, dada la terminación intempestiva, unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo. **3)** Sí el señor Carlos José Mattos Barrera debe responder solidariamente a las eventuales condenas dentro del presente asunto.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así pues, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre el señor LUIS

CARLOS ORTEGA GALINDO y la sociedad CINASCAR DE COLOMBIA SA existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

Descendiendo al *sublite*, el señor LUIS CARLOS ORTEGA GALINDO, como sustento de su pretensión, indica que CINASCAR DE COLOMBIA SA operaba como unidad de empresa con CINASCAR ECDARO y CINASCAR VENEZUELA, y que, en ese sentido, CINASCAR COLOMBIA podía contratar personal para laborar con los países anteriormente mencionados. Que, el 1 de abril de 2006, el demandante fue contactado para vincularse con CINASCAR COLOMBIA, con el objetivo de prestar sus servicios en CINASCAR ECUADOR, a través de contrato de trabajo a término indefinido, con el fin de desempeñarse en el cargo de auxiliar operativo. Aduce igualmente que, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con CINESCAR ECUADOR a partir del 10 de julio de 2006, y que los gastos de traslado fueron asumidos por CINESCAR COLOMBIA.

Que suscribió un nuevo contrato de trabajo con CINASCAR VENEZUELA, donde desempeñó los cargos de auxiliar general y tesorero, que, al finalizar ese vínculo de Venezuela, se le liquidaron las acreencias respectivas. Que, en octubre de 2009 fue traslado nuevamente CINASCAR ECUADOR por orden de CINASCAR COLOMBIA hoy CINESCO, país en el cual suscribió un nuevo contrato de trabajo donde se desempeñó como gerente financiero y el cargo recibido fue el de manejo y confianza, afirma que recibió órdenes de CINASCAR COLOMBIA, CINASCAR VENEZUELA y CINASCAR ECUADOR, que para el año 2016, le fueron encargada las funciones de gerente general de CINASCAR ECUADOR, sin embargo, por causas naturales y hechos a carecidos en ese país, hubo una baja en las ventas consecuencia de ello el Señor Carlos José Martos Barrero, terminó de manera unilateral su contrato y en consecuencia CINASCAR ECUADOR, le liquidó sus acreencias sociales, que debió asumir los gastos de retorno a Colombia que CINASCAR COLOMBIA

Así las cosas, para determinar a cuenta de quien se ejecutaron los servicios, debemos remitirnos a los medios de prueba obrantes en el expediente, trayendo a colación en primer lugar el interrogatorio absuelto por el señor **NÉSTOR ACUÑA QUINTANA**, quien en representación legal de CINASCAR COLOMBIA, hoy CINASCOL SAS, informó que el demandante fue contactado inicialmente por el Señor Carlos José Mattos en Colombia, quien actuó como intermediario, pero fue contrato con CINESCAR COLOMBIA para que prestara sus servicios en Ecuador. Indicó de manera precisa que el demandante no prestó servicios en Colombia, relató que la relación laboral finalizó por decisión unilateral y se le pagaron todas

las acreencias sociales, afirmó que se le pagó en Colombia por efectos de pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, que se vinculó laboralmente con Ecuador y bajo las normas de ese país. Que el contrato de trabajo suscrito con el demandante se dio por terminado por no haber cumplido con los objetivos trazados, siendo una decisión atribuible a CINESCAR ECUADOR. Que CINASCAR COLOMBIA fungió como intermediario, con el fin de cancelarle al actor la parte que se le cancelaba en Colombia. Que una vez finalizado el contrato con el demandante, éste decidió quedarse un año más en Ecuador, y no hay una solicitud por parte del demandante, peticionando los gastos de traslado para devolverse a Colombia. Que por solicitud del mismo demandante, para seguir cotizando en Colombia y lograr pensionarse, solicitó que se pudiera realizar las cotizaciones en Colombia. Que al ser una decisión unilateral de CINESCAR ECUADOR de dar por terminado el contrato de trabajo, no se le llamó al demandante para rendir unos descargos, sin embargo, indicó que se le pagó la indemnización y demás acreencias legales. Que la liquidación del demandante se le hizo en Ecuador, conforme las normas de Ecuador, sin embargo, como se le estaba cotizando a seguridad social en Colombia, se tuvo que terminar esa cotización que se le estaba realizando en su favor.

Por su parte, el demandado CARLOS JOSE MATTOS BARRERA, a través de su apoderado judicial, quien refirió que el demandado era Presidente y Represente legal de un grupo económico. Que el señor NESTOR ACUÑA le notificó del despido del demandante, siendo reconocidas la totalidad de acreencias laborales. Que la liquidación se le pagó en Ecuador bajo los parámetros allá reconocidos, que se le canceló una parte del valor acá en Colombia, por expresa solicitud del actor.

Así mismo, se recibió el testimonio del Señor **JOSE ANDRÉS BELTRÁN MOLINA**, quien informó que prestó sus servicios para CINASCAR, señaló que conoce al demandante porque fue el Gerente de Recursos Humanos de la empresa demandada. Que, si bien el demandante estaba en la nómina de Colombia, no era de la nómina completa, pues sus funciones de ejecutaron en Ecuador. Que la instrucción de elaborar un contrato para el demandante fue de la Vicepresidencia Administrativa. Que el contrato del demandante inicio en Colombia, pero hubo varias modificaciones para Ecuador y Venezuela. Que, al demandante s ele finaliza el contrato estando en Ecuador, y recibe la orden de liquidarle el contrato por parte de la Vicepresidencia Administrativa, sin que conociera las circunstancias que rodearon la terminación del contrato.

Por otro lado, reposa certificación expedida por CINASCAR el mes de marzo de 2017, en el que certifica que el demandante trabaja en esa compañía con un

contrato de trabajo a término indefinido desde el 10 de julio de 2006, que para la fecha de expedición de la certificación laboral desempeñaba el cargo de Gerente Financiero Operativo, con una asignación integral mensual de \$9.662.000. Reposa igualmente, liquidación de contrato de trabajo ECUADOR el 6 de marzo de 2017, cancelándole la suma de \$19.884.108.

Reposa modificación al contrato individual de trabajo a término indefinido, el cual no es del todo legible, con fecha 1 de noviembre de 2007, en la que se modifica la cláusula pertinente a la remuneración que recibiría el demandante, en un salario integral. Obra "Acta de finiquito" suscrita en la ciudad de Quito el 5 de abril de 2017, ante CINASCAR EDUCADOR SA, en el que indicó que la relación laboral terminó el 6 de marzo de 2017, cancelándole la suma de USD\$3900, fecha en que concluyó la relación laboral suscrita, indica que, por acuerdo entre las partes, del cual se extrae que los extremos temporales datan del 1 de diciembre de 2009 hasta el 6 de marzo de 2017.

Ahora, debe concluirse, y no cabe asomo de duda al respecto, que el demandante prestó sus servicios para CINASCAR ECUADOR y en el marco propio de las normas y de las leyes de ese vecino país, sin que se advierta algunas circunstancias que permita concluir que el demandante ejecutó y prestó servicios para el ente societario en Colombia, de manera que la afirmación del demandante en el sentido que prestó servicios para esa empresa desde el 1 de abril de 2006, no resultan admisibles pues no obra medio probatorio alguno que lleve a ese convencimiento por parte de este juzgador y por el contrario en el expediente obra a folio 34 reposa el "Acta de Finiquito", conforme se indicó anteriormente, tuvo vigencia la relación laboral con CINESCAR ECUADOR desde el 1 de diciembre de 2009 al 6 de marzo de 2017.

Aunado a lo anterior, no se logra establecer el eventual inicio de actividades para CINASCAR COLOMBIA, como quiera que en la demanda señala que se dio por iniciado el 1 de abril de 2006, sin embargo la certificación allegada hace alusión al 10 de julio de 2006 y conforme la certificación visible a folio 183 el expediente digital, en donde CINESCAR ECUADOR relaciona como fecha inicial el 1 de diciembre de 2009, razón por la cual, tampoco habría una unanimidad en las pruebas para establecer como fecha inicial el 10 de julio de 2006 en CINESCAR COLOMBIA, como lo pretende la parte demandante.

Por otro lado, si bien al demandante se le seguía efectuando cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Colombia, dicha situación obedece, única y exclusivamente a un acuerdo celebrado entre el demandante y CINESCAR COLOMBIA, en virtud del cual se estipuló continuar cotizándole a pensión, conforme otro sí obrante a folio 173 y 174 del expediente digital.

Conforme lo anotado anteriormente, fácil resulta concluir que el demandante, si bien acreditó la prestación del servicio para CINESCAR, lo cierto es que dicha prestación de servicio se acreditó en la ciudad de Quito - Ecuador, con el cumplimiento de las normas de ese país, y no en Colombia con el fin de declarar la existencia de un contrato de trabajo con CINESCAR COLOMBIA SA, no quedando otro camino que despachar desfavorablemente las súplicas del apelante.

Ante las resultas del proceso, y la negatoria de la declaración del contrato de trabajo entre las partes, la Sala se releva de la solicitud de declarar la responsabilidad solidaria a cargo de CARLOS JOSE MATTOS BARRERA que pretendía el demandante de las eventuales condenas impuestas en el presente asunto, así como la condena por concepto de gastos en que incurrió en el exterior ante la intempestiva forma en que se dio por terminado de forma unilateral y sin justa causa el contrato de trabajo con CINASCAR ECUADOR.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2022 conforme las consideraciones que anteceden.

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

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



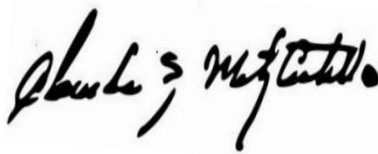
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501720180017401](https://expediente.digita.gov.br/expediente.xhtml?codigo=11001310501720180017401)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 026-2019-00103-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: LIZBETH JOHANA CARDOZO RODRIGUEZ
DEMANDADO: ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A ESIMED
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA-DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados no presentaron alegaciones pese a lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora LIZBETH JOHANA CARDOZO RODRÍGUEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra ESTUDIO E INVERSIONES MÉDICAS S.A ESIMED, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 22 de abril de 2015 al 10 de enero de 2019, el que fue terminado por causas imputables al empleador.

CONDENAS PRINCIPALES.

1. **CONDENAR** al demandado al reconocimiento y pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, y vacaciones.
2. **CONDENAR** al accionado al reconocimiento y pago de los valores insolutos por concepto de CAJA DE COMPENSACION.
3. **CONDENAR** al pago de la sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
4. **CONDENAR** al pago de la indemnización por despido injusto.
5. **CONDENAR** al pago de los aportes al sistema de seguridad social integral.
6. **CONDENAR** a la entidad demandada, al pago de los salarios dejados de percibir desde el mes de septiembre de 2018 hasta el 10 de enero de 2019.
7. **CONDENAR** a la pasiva al pago del auxilio extralegal.
8. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La entidad demandada, dio contestación al escrito inicial, mediante curador ad-litem, indicando que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso (carpeta 20).

Por auto de fecha 21 de junio de 2022, el Juzgado de conocimiento admitió el escrito de defensa presentado por la entidad convocada a juicio (folio 24)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO 26º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, profirió sentencia el 30 de septiembre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO. ABSOLVER a la demandada **ESTUDIO E INVERSIONES MÉDICAS S.A. ESIMED**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora **LIZBETH JOHANA CARDOZO RODRÍGUEZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

TERCERO. En caso de que la sentencia no sea apelada se remitirá en el Grado Jurisdiccional de Consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a los intereses del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: Si la demandante demostró la prestación personal del servicio a favor de la compañía **ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED**.

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.

Adicionalmente, 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 el actor 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 si lo pretendido por la parte demandante es que declare que prestó sus servicios a la entidad accionada a través de un contrato de trabajo vigente desde 22 de abril de 2015 hasta el 10 de enero de 2019, ejerciendo el cargo de SUBDIRECTORA NACIONAL DE TALENTO HUMANO con una asignación de \$5.381.250, le correspondía demostrar dichos presupuestos.

A efectos de probar la prestación personal del servicio, la accionante allegó como pruebas, el documento de identificación, el certificado de existencia y representación legal de la entidad convocada a juicio, carta suscrita por la actora

y radicada ante la pasiva el 10 de enero de 2019, dando por terminado el vínculo laboral; soporte de pago “PARA COTIZANTE” correspondiente al periodo comprendido desde el mes de agosto de 2018 hasta el mes de enero de 2019 y extracto bancario emitido por el BANCO DE BOGOTA.

En este orden de ideas, se establece que, el material probatorio reseñado, no da cuenta de la prestación personal del servicio durante los extremos alegados en la demanda, y si bien la planilla de soporte de pago de las cotizaciones destinados al sistema de seguridad social integral, que obra a folio 28 de la carpeta 2, describe como aportante a la sociedad ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A. ESIMED S.A. y como cotizante a la hoy demandante, además de no reunir los requisitos establecidos en el artículo del 244 CGP, para **dale** la connotación de documento **autentico**, ya que se desconoce la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, nótese que el mismo tan solo da cuenta de unos datos personales de la demandante como demandada y una cifras y conceptos, más no el pago de dichas cotizaciones y menos derivadas de esa actividad ejecutada por la trabajadora.

Entre tanto el extracto bancario expedido por la entidad financiera ya mencionada, enuncia una serie de **movimiento** de una cuenta de ahorro, cuya titular es la señora LIZBETH JOHANA CARDOZO RODRIGUEZ, pero sin que se pueda evidenciar que los conceptos ingresados obedezcan como contraprestación del servicio prestado a favor de la accionada.

Por último, llama la atención de la Sala, que la accionante desempeñó según el libelo introductorio el cargo de SUBDIRECTORA NACIONAL DE TALENTO HUMANO en las instalaciones de la entidad y pese a ello no incorporó siquiera una certificación o documento alguno que diera cuenta de esa actividad, como los desprendibles de nómina, máxime cuando está solicitando los pagos únicamente de algunos meses del año 2018 y 2019, tampoco invocó como prueba la declaración o manifestación de un tercero.

Luego entonces, al no probar la parte demandante la prestación del servicio en la compañía ESTUDIOS E INVERSIONES MEDICAS S.A ESIMED, de manera continua e ininterrumpida, durante el periodo comprendido desde el 22 de abril de abril de 2015 hasta el 10 de enero de 2019, no hay lugar acceder a las **suplicas**

de la demanda, y en esa medida se debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2022, por el Juzgado 26º Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de CONSULTA.

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

Los Magistrados,

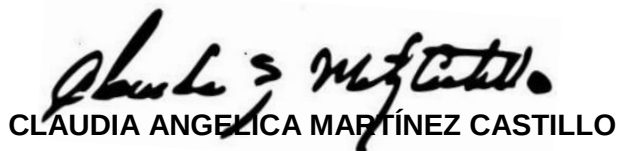


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502620190010301](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 026-2021-00412-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUIS FERNANDO CAICEDO DELGADO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
AFP PORVENIR S.A**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: PORVENIR S.A. / CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada –PORVENIR S.A.-, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes presentaron alegaciones, de acuerdo a lo ordenado en auto del 27 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LUIS FERNANDO CAICEDO DELGADO 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:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

- **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual,

-**DECLARAR** que para todos los efectos legales se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

-**DECLARAR** la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., en el mes de marzo de 2001.

PRETENSIONES CONDENATORIAS.

-**CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los aportes realizados en el RAIS, junto con los rendimientos, cuotas de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y seguros previsionales.

-Costas procesales.

TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado de conocimiento, mediante auto dictado el 30 de junio de 2022, admitió el escrito de demanda y ordenó la notificación a las entidades accionadas

-COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.-

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que le informó al accionante de manera completa y suficiente acerca de las características y beneficios que conformaban el RAIS, para que tomara una decisión libre y voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (carpeta 13).

Mientras que COLPENSIONES, luego de oponerse a la prosperidad de las peticiones adujo que, que el afiliado realizó el traslado de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, es decir, en ejercicio al derecho a la libre escogencia de régimen, prefiriendo el Régimen de Ahorro Individual. (carpeta 11)

Por auto de fecha 06 de diciembre de 2022, el Juzgado de conocimiento admitió los escritos de defensa presentados por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (Carpeta 17)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 Laboral del circuito de Bogotá**, el día 27 de marzo de 2023, profirió sentencia, en el siguiente sentido:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante *LUIS FERNANDO CAICEDO DELGADO* al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones *PORVENIR* a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones *COLPENSIONES* la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones *COLPENSIONES* para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

QUINTO. CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones *PORVENIR*, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).”

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., inconforme con la decisión, solicitó la revocatoria de la sentencia, bajo el argumento que: “encontrándome dentro de la etapa legal correspondiente, me permito presentar y poner de presente mi recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, solicitando como es de costumbre, al Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, revocar la presente decisión corresponde por supuesto a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante acontecido con mi representada en el año 98, y durante todas y cada una de las condenas que fueron impuestas en contra de Porvenir, conforme a las siguientes consideraciones: en primer lugar debe advertirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también esta misma Alta Corporación, ha indicado que el precedente no se puede aplicar de una manera homogénea e indiscriminada a aquellos procesos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, en efecto es que una similitud en las condiciones fácticas de cada caso o situación que para mi representada no se hace presente en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de una manera voluntaria, sin precisiones e informada, todo de conformidad con la normatividad que hay en el año 98, la cual debe aclararse no exigía una información en los términos en que son reclamados la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, debe decirse en el mismo sentido que mi representada la AFP PORVENIR, siempre ha actuado de manera diligente y de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se han ejecutado en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado del régimen pensional. Así las cosas, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente no existen razones fácticas, ni jurídicas que conduzcan a establecer la declaratoria de ineficacia por medio del cual el demandante se trasladó, pues se reitera que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del sistema general de pensiones y prueba de ello, es que desde su dicho se desprende que no recuerda las circunstancias en las cuales se presentó su afiliación y no recuerda en el mismo sentido la información que llegó a recibir por parte de la AFP PORVENIR, en ese momento de su traslado y en el mismo sentido suscribió el formulario de solicitud de vinculación de una manera libre y voluntaria, cumpliendo los requisitos de aquel entonces la Superintendencia Bancaria, así las cosas se debe señalar que tampoco resulta procedente que la administradora deba restituir los conceptos por rendimientos, si bien es cierto se declara ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria de ineficacia implicaría que los recursos que se dan como rendimientos deben corresponder a los que se hubieran

generado en la reserva del Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, y no los que se han generado en PORVENIR, pues no tiene sentido que si el traslado al régimen de ahorro surtió efecto legal se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen, así las cosas tampoco es procedente que PORVENIR deba restituir lo referenciado por gastos de administración o cualquier suma de seguro previsional o gastos destinado al Fondo de Pensión de Garantía Mínima, como quiera que estos gastos fueron debidamente erogados en virtud del artículo 20 de la Ley 100 del año 93, de tal manera señores magistrados que fueron debidamente invertidos en la forma en la que exige la ley y no se encuentra ya en el poder de mi representada; ahora bien, en cuanto a la evolución de estos emolumentos indexados, debe tenerse en cuenta que se está incurriendo en una doble condena a PORVENIR por el mismo concepto, en efecto también el fallo condenatorio se está obligando al reintegro de los rendimientos de tal manera que estos últimos valores que son dineros actuales, no pueden entonces generar una entrega indexada ya que esto generaría una actualización de la moneda corriente, generando una doble condena por el mismo concepto, tal como se vio reseñado por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Cali, finalmente a lo que corresponde a las agencias en derecho solicito la absolución de mi representada y la revocatoria en ese sentido como quiera que la AFP PORVENIR, siempre actuó de una manera diligente y de buena fe frente a las obligaciones que le asisten como fondo privado, y en consecuencia el traslado de régimen pensional surtió plenos efectos legales, por todo lo anterior su señoría queda presente mi recurso ordinario de apelación.”

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por LUIS FERNANDO CAICEDO DELGADO, el día 03 de julio de 1998. 2. En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA, fondo en que estuvo afiliado, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte a Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 03 de julio de 1998 (fl. 41 y 83 de la carpeta 13 del expediente digital)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea 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 aportaron: COLPENSIONES, historia laboral y expediente administrativo (carpeta 11); entre tanto la AFP PORVENIR SA incorporó: formulario de afiliación, certificado de vinculación al citado fondo, historia laboral consolidada, historial de vinculaciones, respuesta a la petición de nulidad o ineficacia de la vinculación al

RAIS, planilla válida para bonos pensionales, comunicado expedido por la Superintendencia Financiera y un artículo de prensa (folio 39 y 102 del cuaderno 13), es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que permita determinar la suficiente información brindada el día 3 de julio 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 el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 3 de julio de 1998, el demandante tenía 151 semanas (expediente administrativo carpeta 11), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 12 de septiembre de 1961 -folio 41 carpeta 13) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el año 2022 fecha de expedición de historia laboral por PORVENIR SA, el demandante había cotizado 1,276 (f. 41) 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 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, el 3 de julio de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

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, se halla razón al A quo al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, 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 lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente CONFIRMAR la condena impartida en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a la entidad, correspondientes a comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, 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.

Por las anteriores razones se CONFIRMARÁ la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor LUIS FERNANDO CAICEDO DELGADO del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 3 de julio de 1998.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, máxime si se trata de un tema reiterado, frente al cual la entidad ha presentado oposición, razón por la cual no hay lugar a variar la condena en costas fijadas en primera instancia.

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de la apelante AFP Porvenir SA. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

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 27 de marzo de 2023, por el Juzgado 26 Laboral el Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un 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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310502620210041201](https://expediente.digitial.gob.mx/11001310502620210041201)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 035-2022-00380-01

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **LUIS ANTONIO DIAZ FLOREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la demandada COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La partes demandante y demandada presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 27 de abril de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor LUIS ANTONIO DIAZ FLOREZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. como aparece en el archivo 01 del

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

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual, ante el incumplimiento del fondo en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR a PORVENIR**, a restituir a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual.
- 2. CONDENAR** a COLPENSIONES a vincularlo en el régimen que administra y a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contestó demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones indicando, que el traslado de régimen pensional del actor estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa veraz y oportuna, con toda la información pertinente, necesaria y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto n°663 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (carpeta 9)

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el actor, se encuentra inmerso dentro de la prohibición legal prevista en la Ley 797 de 2003, por lo que a su juicio se hace imposible tenerlo como afiliado en el RPM. Aunado a ello expresó, que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría por parte del fondo privado. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, entre otras.

Por proveído del 23 de febrero de 2023, el Juzgado de origen admitió los escritos de contestación radicados por las entidades convocadas a juicio.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 27 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por **LUIS ANTONIO DÍAZ FLÓREZ**, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP **PORVENIR**, y como consecuencia de ello, se ordena a dicho fondo a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP **PORVENIR S.A** a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que el demandante permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a volver a afiliar a **LUIS ANTONIO DÍAZ FLÓREZ** al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías **PORVENIR S.A.**

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP **PORVENIR S.A.**, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de **COLPENSIONES**.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, el cual argumentó, así:

COLPENSIONES, adujo que acceder a las pretensiones del actor, afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, aunado a que vulneraría el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados, ya que beneficiaría a un ciudadano que no contribuyó a la formación del derecho pensional en el RPM. Así mismo indicó que no se tuvo en cuenta la profesión del demandante, para denegar las súplicas de la demanda.

Finalmente preciso, que en caso de confirmarse la ineficacia del traslado pensional, se autorice a COLPENSIONES, a cobrar el valor generados con ocasión a los perjuicios causados, así mismo se ordene el traslado de lo deducido por seguros previsionales y no se condene en costas, ya que actuado de buena fe.

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 S.A., efectuado por LUIS ANTONIO DIAZ FLOREZ el día 22 abril de 2014; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la 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 el demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 22 de abril de 2014 (fl 46 del archivo 09 del expediente digital)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las

ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10° 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 (habiéndolo retornado 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 ineffectividad 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 ineffectividad, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineffectividad 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 ineffectividad del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.:** Certificado de existencia y representación legal, formulario de afiliación a PORVENIR S.A., certificado de vinculación, historia laboral consolidada y comunicados de prensa.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información brindada el día 22 de abril de 2014, 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 afirma en la contestación de la demanda, que en la asesoría inicial se brindó toda la información necesaria, y no allegan la hoja de vida del promotor, 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.

Aclarando 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 22 de abril de 2014 , el demandante tenía 703,14 semanas (Folio 16 carpeta1 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 modificado por la Ley 797 de 2003, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 08 de octubre de 1963 fl 14-15 del archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el 09 de enero de 2021 , fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR, que obra en los fls 31 del archivo 09 del expediente digital, el demandante había cotizado 1.105; 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, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 22 de abril de 2014, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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 no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...).”

En tal sentido, 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.”

Ahora, se halla razón al *A quo* al emitir orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, bonos pensionales en favor de COLPENSIONES, así como la devolución de los seguros previsionales, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, dado que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, 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 lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, en razón a ello, y en virtud al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, hay lugar a **ADICIONAR** el ordinal SEGUNDO del fallo recurrido en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante la afiliación del demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

De igual manera, debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento financiero, 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.

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **LUIS ANTONIO DIAZ FLOREZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 22 de abril de 2014.

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, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación del actor de régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA.

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo.

Sin embargo en el asunto bajo estudio, *-nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional-* las costas deben fijarse únicamente a cargo de los fondos de pensiones de carácter privado, ya que con su omisión han dado lugar a una multiplicidad de procesos, sin que en el asunto de marras, Colpensiones haya tenido injerencia en el acto jurídico que generó el traslado, como tampoco era la entidad competente para resolver sobre la ineficacia solicitada por el afiliado, por lo tanto la razón de su

vinculación en el presente trámite, fue consecuencia jurídica de la omisión del fondo de pensiones; no obstante, en este asunto se evidencia que el Juzgado de primera instancia no emitió condena en contra de esta entidad de seguridad social, por lo que se confirmara también en este aspecto la sentencia de primera instancia.

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: ADICIONAR ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante la afiliación del demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMAS la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

TERCERO: 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.

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



CON ACLARACION DE VOTO

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503520220038001](#)