



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 002-2020-00322-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARIA PAULA HERNÁNDEZ PATIÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo 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 parte demandante y demandada -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.-, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 10 de mayo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA PAULA HERNÁNDEZ PATIÑO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual, como consecuencia de la omisión a los deberes y obligaciones que las etapas del proceso exigen.
2. **DECLARAR** que los fondos privados deberán comparecer para efectuar los traslados del capital de las cuentas pensionales.
3. **DECLARAR** que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., deberán enviar a COLPENSIONES, el detalle del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del traslado y de la afiliación.
4. **DECLARAR** que COLPENSIONES, es la encargada de mantener los derechos y obligaciones, desde la fecha en que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales.
2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a activar la afiliación en el régimen que administra, así como a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.
3. Costas procesales.

PRETENSIONES CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS.

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, a pagar el valor del “decremento pensional”, o el valor de la diferencia que recibiría en el RPM, como consecuencia de la omisión a los deberes y obligaciones en las etapas del proceso de traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la afiliación de la demandante al RAIS, fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y de las condiciones pensionales individuales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento, o nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Mientras que **PROTECCIÓN S.A.**, adujo en su contestación que nos encontramos ante un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza, además que del formulario de vinculación se corrobora que el traslado de régimen se efectuó de manera libre y espontánea. Propuso las excepciones de buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 16 de febrero de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES (carpeta 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 27 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por la demandante la señora **MARIA PAULA HERNÁNDEZ PATIÑO** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.935.373, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **AFP HORIZONTE SA HOY SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, el 8 de diciembre de 1998 y consecuentemente el posterior traslado horizontal realizado a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PROTECCIÓN SA**, el 8 de mayo de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PROTECCIÓN SA**, como última administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **MARIA PAULA HERNÁNDEZ PATIÑO** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.935.373, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, con sus rendimientos; así como de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la demandante al Régimen de Prima Media el 11 de septiembre de 1990, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la **PROTECCIÓN SA, PORVENIR S.A, Y COLPENSIONES**, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma total equivalente a medio (1/2) SMLMV cargo de éstas.

SEXTO: *Si no fuere apelado el presente fallo, CONSÚLTESE con el Superior.”*

RECURSO DE APELACION

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que existió una indebida valoración probatoria, como quiera que a su juicio de los indicios y confesión realizada por la accionante, en la diligencia de interrogatorio de parte, se podía evidenciar que recibió una adecuada asesoría sobre el cambio de régimen pensional, sumado a que los traslados horizontales, daban cuenta de su voluntad de permanecer en el RAIS. Por último enunció que el legislador estableció una prohibición legal, consistente en que ningún afiliado se podía trasladar de régimen cuando le hiciera falta menos de 10 años para pensionarse, ello con el propósito de no descapitalizar el sistema.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., efectuado por MARIA PAULA HERNÁNDEZ PATIÑO, el día 08 de diciembre de 1998 y consecuentemente aquel realizado a PROTECCIÓN S.A.; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP

PORVENIR S.A., el 08 de diciembre de 1998 y posteriormente se vinculó a PROTECCIÓN S.A., actuación que ocurrió el 8 de mayo de 2000 (fl 81 carpeta 6 y folio 24 del archivo 9 del expediente digital)

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

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 (carpeta 08). **AFP PORVENIR S.A.**: Historial de vinculaciones, formulario de afiliación, comunicados de prensa, concepto de la Superfinanciera, relación de aportes, historia laboral consolidada, certificación de vinculación al RAIS, historia válida para bono pensional e informe suscrito por PORVENIR S.A. Entre tanto **PROTECCIÓN S.A.**, allegó formulario de afiliación, historia laboral, reporte estado de cuenta, planilla para bono pensional, historial de vinculaciones, información sobre reasesoría, respuesta a requerimientos efectuados por la accionante, políticas para asesorar a personas naturales y comunicados de prensa.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 8 de diciembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que

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

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

Claramente para el momento del traslado 08 de diciembre de 1998 , la demandante tenía 385 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 47 carpeta 7 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, 25 años (nació el 21 de agosto de 1969 fl 3 del archivo 3 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2026 (precisando que para el 22 de septiembre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PROTECCION S.A., que obra en el fls 25 del archivo 9 del

expediente digital, la demandante había cotizado 1416,14 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 08 de diciembre de 1998, 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 1º 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.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)”

En tal sentido, 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, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente modificar la sentencia de primera instancia, en el entendido de CONDENAR tanto a PORVENIR S.A. como a PROTECCIÓN 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 cada entidad, lo correspondiente 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 **MODIFICARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora MARÍA PAULA HERNÁNDEZ PATIÑO, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 8 de diciembre de 1998, pero con la orden que la administradora de carácter privado PROTECCION S.A., deberá devolver a Colpensiones la totalidad de

los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá tanto como PORVENIR S.A. como PROTECCION S.A., a COLPENSIONES debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo que estuvo vinculada a cada compañía.

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 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: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PROTECCION S.A., a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante **MARIA PAULA HERNÁNDEZ**

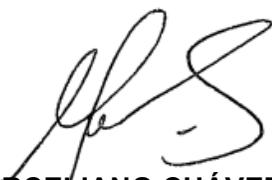
PATIÑO, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá tanto como PORVENIR S.A. como PROTECCION S.A., a COLPENSIONES debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que la actora, estuvo vinculada a cada compañía.

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

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,

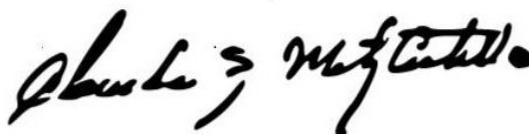


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500220200032201](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 002-2019-00410-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ**
DEMANDADO: **CARROCERIAS EL SOL SAS Y COOPERATIVA DE
TRANSPORTADORES BUSES VERDES**
ASUNTO: **RECURSO APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 febrero de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, así como las compañías convocada a juicio, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 03 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **CARROCERIAS EL SOL Y COOPERATIVA DE**

TRANSPORTADORES BUSES VERDES, debidamente sustentada como aparece de folio 4 a 14 con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que prestó sus servicios personales a la empresa CARROCERIAS EL SOL S.A.S, en el cargo de pintor, desde el 1 de febrero de 1975 hasta el 31 de marzo de 1979.
2. **DECLARAR** que estuvo vinculado laboralmente con la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA, ejerciendo la actividad de conductor, desde el 26 de marzo de 1993 hasta el 3 de mayo de 1999.
3. **DECLARAR** que las sociedades convocadas a juicio, durante la vigencia del vinculo laboral, no efectuaron el pago de los aportes con destino al sistema de seguridad social en pensiones.

CONDENAS:

1. **CONDENAR** a las sociedades demandadas COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA y CARROCERIAS EL SOL S.A.S., a pagar el valor de los aportes mediante cálculo actuarial, ante la omisión en la afiliación al sistema general en pensiones, atendiendo para ello los periodos en que prestó los servicios a cada entidad.
2. Costas Procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: **CARROCERIAS EL SOL S.A.S.**, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que no celebró contrato de trabajo con el demandante, en ningún periodo, ni menos durante los extremos reseñados en la demanda. Propuso las excepciones de inexistencia de la

relación laboral, no legitimación de causa por pasiva, cobro de lo no debido, mala fe, prescripción, buena fe y genérica. (cuaderno 3).

Entre tanto, la demandada **COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA, EN LIQUIDACIÓN**, enunció en su escrito de defensa que el accionante nunca estuvo vinculado a la entidad; que la constancia aportada al plenario, no acredita que la prestación del servicio se haya realizado a favor de la cooperativa, durante los extremos temporales alegados. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, carencia del derecho, prescripción y genérica.

Mediante auto de fecha 07 de abril de 2022, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación, presentado por la entidad llamada a juicio CARROCERIAS EL SOL S.A.S. Y mediante proveído del 12 de mayo de 2022, tuvo por contestado el libelo inicial por parte de la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES BUSES VERDES LTDA (cuaderno 8 y 10)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de febrero de 2023, profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE BUSES VERDES LTDA y CARROCERIAS EL SOL S.A.S., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, el señor CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia del derecho propuesta por las demandadas.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando en síntesis que del interrogatorio de parte que absolvió ante juez de primera instancia, así como de las declaraciones de los testigos y aquellas rendidas por fuera del juicio, se demostraba la prestación del servicio a favor de cada una de la sociedades accionadas durante los extremos enunciados en el libelo inicial, por lo que a su juicio se activo la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T. Por otra parte, aseguró que las empresas deben conservar los archivos de sus trabajadores en lo relacionado con la seguridad social, por un periodo de 80 a 100 años, pues así lo estableció la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1143 de 2014

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar, si al demandante le asiste derecho a que se traslade a la entidad de seguridad social el cálculo actuarial por haber laborado a favor de las sociedades demandadas.

En primer lugar ha de precisar que el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, prevé que serán afiliados al Sistema General de Pensiones, de manera obligatoria, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos. Adicionalmente el artículo 17 de mismo precepto normativo, contemplo que durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquellos devenguen.

Luego entonces, de las normas citadas es claro que durante la vigencia de ese contrato de trabajo, el empleador está en la obligación de efectuar los aportes al sistema general de pensiones. Por lo tanto, cuando se discute el incumplimiento de ese deber, pero con la justificación que no existió ese acuerdo, se debe determinar en primer lugar si se configuró ese vínculo de carácter laboral, para así establecer la obligatoriedad de esos aportes.

Frente al tema la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 1355 de 2019 y SL 1847 de 2020, precisó:

“Para dar respuesta al cargo, conviene recordar que esta Sala de Casación, de manera reiterada y pacífica, ha explicado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es la relación de trabajo, esto es, la actividad efectiva desarrollada en favor de un empleador, supuesto que genera el deber de efectuar aportes al sistema pensional en nombre de los trabajadores afiliados.

En esa medida, como quiera que en el presente asunto la parte demandante alega la existencia de contratos de trabajo con las compañías accionadas, en las fechas señaladas en el libelo inicial, mientras que la pasiva, aduce que durante los periodos reseñados, el actor no prestó servicios, lo primero que se habrá de esclarecer en este asunto es la existencia de esas relaciones laborales.

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.”

En esa medida, se evidencia que el señor CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ, alega que prestó sus servicios personales a favor de Carrocerías el Sol S.A.S, mediante un contrato a término indefinido desde el 1 de febrero de 1975 hasta el 31 de marzo de 1979.

A efectos de probar esa relación laboral con la sociedad CARROCERIAS EL SOL S.A.S, el actor allegó dos declaraciones extrajuicio rendidas por los señores NICANOR FONSECA RIAÑO y PABLO ENRIQUE FONSECA ROJAS, quienes al unisono aseguraron conocer desde hace 42 años al demandante, quien laboró en la EMPRESA CARROCERIAS EL SOL desde el año 1975 hasta el año 1979, realizando las labores de pintor de carrocerías para camiones y estructuras de niñera (folios 21 y 22 del cuaderno 1)

Ahora, el demandante en el escrito inicial aseguró en el hecho 6 que durante la vigencia de la relación laboral, con la mentada compañía, estuvo: *“bajo las instrucciones del señor PABLO ENRIQUE FONSECA ROJAS, quien era su jefe Inmediato.”*

El demandante al absolver el interrogatorio de parte manifestó frente a esta sociedad, que el propietario lo fue Carlos Julio Vargas y su esposa Stella, que el pago del salario lo efectuó el señor Carlos Muñoz, y el señor Juan Alfonso, fue el jefe de personal. Por otra parte indicó que llegó a trabajar a la compañía por recomendación de un amigo, que inició a laborar el 1 de febrero de 1975, y que su jefe lo fue CARLOS MUÑOZ: *“era como el jefe, era el que realizaba todos los pagos y todos los efectuaba ahí.”*

Mientras el representante legal de la accionada en su interrogatorio enunció que no encontraron documento que soportara algún vínculo de carácter laboral o de otra naturaleza con el actor: *“hemos hecho la búsqueda exhaustiva de todos nuestros archivos, que tenemos ahí y la verdad es que no encontramos el nombre del señor demandante”*. También señaló, que entre los años 1975 a 1979, la sociedad vinculaba directamente a sus trabajadores, pero también acordaba con contratista para desarrollar actividades en diferentes áreas: *“no con todos se tenía contrato, por ejemplo, usábamos en esa época y aún se usa, es una tradición que se usan los contratistas, para diferentes áreas, específicas como electricidad, como en terminación, como en pintura, es una política no solo de nuestra empresa, sino de todas las empresas del gremio.”*

Finalmente se recaudó el testimonio del señor ENRIQUE ADOLFO MONTEJO, quien fue el jefe de personal de la accionada CARROCERIAS EL SOL S.A., desde el año 1976 hasta el 2000, que durante el tiempo que estuvo vinculado no conoció al demandante como trabajador de la sociedad: *“yo le cuento le soy sincero, hasta ahora es la primera vez que yo escucho ese nombre, Carlos Rafael Vargas nunca lo había escuchado, nunca lo oí nombrar en todo el tiempo que estuve en todo el tiempo que estuve jamás, que yo recuerde yo*

tengo mis cinco sentidos, nunca lo vi, para vi nombrar como un empleado de allá, nunca ninguna relación”

Luego de las pruebas reseñadas, no se logró acreditar la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la compañía CARROCERIAS EL SOL S.A.S., de manera continua e ininterrumpida, durante el periodo comprendido desde el 1 de febrero de 1975 hasta el 31 de marzo de 1979, por las razones que a continuación se enuncian:

- De las declaraciones extrajuicio rendidas por NICANOR FONSECA RIAÑO y PABLO ENRIQUE FONSECA ROJAS, no se logra determinar si se trataron de trabajadores de la compañía accionada durante el mismo periodo en que el actor prestó sus labores; tampoco dan cuenta si la prestación del servicio por parte del demandante lo fue a favor de CARROCERIAS EL SOL S.A.S, pues tan solo hacen alusión a que la labor la prestó allí, pero no por ello podemos dar por sentado esta situación fáctica, máxime cuando el representante legal y el testigo MONTEJO ANGEL, aseguraron que para la época alegada por el accionante *-años 1975-1979-*la actividad de pintura la ejecutaban a través de contratistas, es decir, no podemos determinar si el hecho de haber prestado el accionante la actividad de pintor en las instalaciones de la entidad, lo fue directamente para la demandada o a favor de un contratista.

-Las declaraciones extrajuicio, no relacionan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante desarrolló el trabajo de pintor a favor de CARROCERIAS EL SOL S.A.S, tan es así que tan solo reseñan que prestó sus labores desde 1975, sin reseñar día y mes, ni tampoco si presenciaron la ejecución de esa labor por parte del actor, desde 1975 a 1979.

-No se allegó o incorporó documento alguno que diera cuenta de la prestación del servicio a favor de la mentada sociedad, ni siquiera los desprendibles de nómina, o los extractos bancarios, más cuando el demandante aseguró en su interrogatorio que la nómina se la consignaban; justificó la falta de documentos, en que fue objeto de un robo, lo que generó la pérdida de los mismos.

-Adicionalmente el testigo ENRIQUE ADOLFO MONTEJO, quien fue el jefe de personal de la accionada desde 1976 hasta el 2000, describió que nunca conoció al demandante como trabajador de la compañía para la cual laboraba, más cuando los pagos de salarios y prestaciones se realizaban directamente al trabajador, esto es, en efectivo.

-Así mismo el actor en su interrogatorio, expuso que su jefe fue Carlos Muñoz, quien le pagaba los salarios, empero no se demostró que esta persona hubiese trabajado para la sociedad entre 1975 y 1976 y así dar por probado este hecho.

Luego entonces, al no probar la parte demandante la prestación del servicio en la compañía CARROCERIAS EL SOL S.A.S, de manera continua e ininterrumpida, durante el periodo comprendido desde de febrero de 1975 hasta el 31 de marzo de 1979, no hay lugar acceder a las suplicas de la demanda, y en esa medida se debe CONFIRMAR la sentencia de primera instancia frente a esta accionada.

Ahora, considera la Sala que la anterior consecuencia también ocurre frente a la COOPERATIVA BUSES VERDES, en la medida que el demandante sustenta la prestación del servicio, a través de la certificación que obra a folio 29 de la carpeta 1, en la que señaló:

Cooperativa de Transportadores Buses Verdes Ltda.

Carrera 110 No. 77 - 21 Garces Navas • Tels.: 227 9743 - 227 9832 - 442 3377 • Bogotá, D.C.

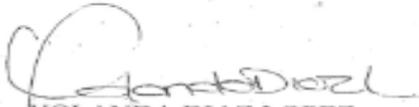
C E R T I F I C A

Que el señor CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ identificado con cédula de ciudadanía No. 19.238.505 de Bogotá, laboró en esta empresa como Conductor, con contrato directo con el (os) propietario (a) (s) del (o)(s) afiliado (s) a esta Cooperativa en periodos diferentes desde el 26 de Marzo de 1993 hasta el 03 de Mayo de 1999

Dejamos constancia que el sueldo y las prestaciones le son canceladas directamente al señor CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ por el (os) propietario (s) del vehículo que maneja, según acuerdo entre las partes.

Se expide la presente certificación en Bogotá D.C. el 06 de Agosto de 2003 a solicitud del interesado.

Atentamente,


YOLANDA DIAZ LOPEZ
Dpto de Personal

Del mencionado documento, se puede desprender que el señor CARLOS RAFAEL VARGAS MUÑOZ, ejerció la labor de conductor desde el 26 de marzo de 1993 al 03 de mayo de 1999, pero no se acreditó que la prestación de ese servicio lo hubiese sido a favor de la cooperativa, ya que se especificó “*con contrato directo con el propietario*”, quien era el que cancelaba los salarios y prestaciones.

A lo que se debe adicionar que la representante legal, en su interrogatorio expuso que entre el propietario del automotor y la cooperativa, existía un contrato de vinculación de vehículo; que no existe dentro de la base de datos de la cooperativa registro de la vinculación del actor a la compañía durante los años 1993 a 1999, sino tan solo una relación laboral para el año 2007, lapso durante el cual fue afiliado al sistema general de pensiones, y que para ese

periodo los conductores eran vinculados directamente por el dueño del vehículo.

Ahora, tampoco podemos derivar esa prestación de la declaración rendida por el testigo LEOPOLDO ALFONSO CONTRERAS, ya que no quedó claro quien fue el beneficiario de la labor prestada por el actor.

Lo anterior obedece a que, si bien fueron compañero de trabajo entre 1993 y 1999, enunció que solo sabe que el demandante, entró como conductor, pero desconociendo las circunstancias de esa vinculación, del tipo de contrato y de su retiro. Seguidamente expuso que el bus que condujo el señor VARGAS MUÑOZ, se lo asignó un señor llamado Jaime Camacho y la ruta se la fijaba la cooperativa: *“yo solo sabía que la buseta era de Jaime Camacho, quien le asignó ese bus, y la ruta, la empresa asignaba esa ruta.”* Indicó que a todos los conductores les pagaban un porcentaje del 10% por pasajero, pagados por el *“patrón”*, que según él era el propietario del automotor: *“eso los definía los patrones a todos, eran los patrones del él o el mío”*

Así mismo el citado testigo manifestó que el vehículo era recibido y entregado al dueño del carro, además que el salario era pactado con este último, que no iban mucho a las instalaciones de la Cooperativa, porque ya conocían las rutas: *“a la cooperativa no teníamos que ir mucho.”*

Entre tanto el testigo Carlos Orlando Uyazan Guerrero, fue contradictorio en su manifestación, ya que señaló que el actor entró a la cooperativa en el año 1985 y que laboró allí hasta aproximadamente el 2015: *“yo empecé como febrero, como del 92, hasta octubre de 2003, él trabajo desde el 85, él ya estaba con una buseta ahí, yo creo que no hace mucho se retiró, yo me retire y él seguía laborando.”* Afirmó que Crisanto Carreño era el jefe de él *“el patrón”*, que el demandante condujo otro vehículo, pero desconoce quién era el propietario y que después continuó con el señor Carreño: *“yo lo conocí con la 5150, pero no me acuerdo de quien sería ese carro, ya el paso después a trabajar con don Crisanto Carreño (...) no sé qué años el ingreso con don Crisanto, eso si no lo recuerdo, pues ya uno sabe, uno conocía los carros de Crisanto “*

Igualmente, el testigo preciso que al señor Carreño, se le entregaba el vehículo y que además aquel era quien le establecía el salario al actor, y frente a la vinculación con la cooperativa, especificó: *“no,, cada quien nos tocaba ir con nuestro jefe allá a la empresa y nos tocaba hace nuestro contrato, pero eso era independiente”*

De las pruebas reseñadas, y tal como se advirtió no queda claro que la prestación del servicio por parte del accionante lo hubiese sido a favor de la cooperativa convocada a juicio, sino por el contrario se evidencia que dicha labor la recibió fue el propietario del vehículo, quien entregaba el automotor y recibía el dinero generado por la actividad, sumado a que pagaba el salario al conductor.

Ahora bien, el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, contempló que el contrato de trabajo verbal o escrito de los chóferes asalariados del servicio público se entenderá celebrado con la empresa respectiva, pero para efecto del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones las empresas y los propietarios de los vehículos, sean socios o afiliados, serán solidariamente responsables.

A pesar de la existencia de dicha norma, no es posible declarar la existencia del contrato con la cooperativa, al no probarse que los vehículos manejados por el promotor de la litis, hubiesen estado vinculados a la cooperativa y durante que periodos y que se trataran de automotores de servicio público, máxime cuando cada uno de los testigos decretados a favor de la parte activa, describen extremos temporales y dueños diferentes, sin que haya coherencia o concordancia en sus afirmaciones, para así probar las situaciones fácticas reseñadas en la demanda, y así poder establecer durante que periodo el demandante prestó sus labores como conductor a la cooperativa.

Ante la ausencia de pruebas que denotaran la prestación del servicio por parte del demandante a favor de cada compañía accionada, durante los extremos alegados, se habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto denegó la suplicas del escrito inicial.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de febrero de 2023, por el Juzgado 2 Laboral del Circuito de Bogotá, 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.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500220190041001](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 004-2021-0006-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: CARMEN HEMERITA MEDELLIN BOHORQUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
SKANDIA S.A.
MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN SKANDIA Y COLPENSIONES
// CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve los recursos de apelación presentados por SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada -COLPENSIONES- y la llamada en garantía MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A., 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

La señora **CARMEN HEMERITA MEDELLIN BOHORQUEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. y SKANDIA 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 ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales con todos los frutos, intereses y rendimientos causados.

2. CONDENAR a COLPENSIONES a recibirla como su afiliada, sin solución de continuidad.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLFONDOS S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que sus asesores brindaron a la demandante

una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal enunciándole las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el RPM, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica. (carpeta 04).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que la asegurada no puede retornar al régimen que administra, por estar esta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, entre otras.

Mientras **SKANDIA S.A.**, como argumento de defensa expuso que el cambio de régimen efectuado por la demandante fue libre y voluntario, y se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, ausencia de configuración de causales de nulidad, ausencia de falta al deber de asesoría e información, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 17 de agosto de 2021, admitió los escritos de defensa presentados por COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (carpeta 08). Igualmente, aceptó el llamamiento en garantía que realizó SKANDIA S.A., frente a MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A., entidad que se opuso a la prosperidad de las pretensiones enunciadas en el escrito de llamamiento (cuaderno 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 04 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 02 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de CARMEN HEMERITA MEDELLIN BOHORQUEZ a la AFP COLFONDOS, realizada en el año 2000. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a la AFP SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliada a esa administradora.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS y SKANDIA. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1/2 smmlv para Colfondos y ¼ smmlv para Skandia.

SEPTIMO: DECLARAR PROBADA las excepciones de mérito propuestas por Mapfre denominadas Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena en contra de la llamante en garantía frente a la devolución de las primas, y de ningún otro valor que corresponda en contraprestación del seguro, e inexistencia del derecho por parte de Skandia administradora de fondos de pensiones y cesantías.

OCTAVO: CONDENAR en costas a Skandía S.A. a favor de Mapfre. Fíjense como agencias en derecho la suma de $\$1/4$ smlmv.

NOVENO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral..”

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA S.A., inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, en lo relacionado con gastos de administración, seguros previsionales y aporte al fondo de garantía pensión mínima. Frente a este último concepto adujo que, de las pruebas aportadas al plenario, se logra evidenciar que remitió dicho porcentaje a COLFONDOS S.A., para la calenda en que se presentó la vinculación al mencionado fondo, por lo que a su juicio no esta en la obligación de retornar este rubro. Frente a los gastos de administración, preciso que realizó la gestión legal correspondiente, frente al manejo de los recursos de la asegurada, lo que generó unos rendimientos a su favor , por lo que acceder a esta pretensión, se estaría desconociendo el principio de las restituciones mutuas, aunado a que constituiría un enriquecimiento a favor de la accionante, y finalmente respecto de los seguros previsionales, manifestó que se tratan de dineros que no están en las arcas del fondo pensional, sino de las empresas aseguradoras y que cubrieron los riesgos de invalidez y muerte, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculado. Adicionalmente manifestó que los unicos rubros a retornar al RPM , son los aportes y gastos de administración.

Entre tanto, **COLPENSIONES** enunció que, la carga de la prueba no puede recaer unicamente en la AFP, ya que el demandante contaba con el conocimiento y las capacidades para saber lo que estaba firmando. Así mismo adujo que, actuó de buena fe, como quiera que negó el traslado o devolución al régimen que administra, con fundamento en una prohibición legal. Además señaló que acceder a las súplicas de la demanda afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y pondría en peligro el derecho a la seguridad social de

los demás afiliados. Finalmente preciso que no había lugar a emitir condena por costas procesales, ya no adeuda sumas alguna a la demandante, ni existió negligencia en su actuar.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por CARMEN HEMERITA MEDELLIN BOHORQUEZ, el día 13 de enero de 2000 y consecuentemente aquel efectuado a SKANDIA el 28 de noviembre de 2007; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 13 de enero de 2000; posteriormente se vinculó a SKANDIA S.A., actuación que ocurrió el 28 de noviembre de 2007, permaneciendo en dicho fondo hasta el 30 de septiembre de 2009, en la medida que retorno a COLFONDOS(fl 36 y 45 carpeta 3 el expediente digital)

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo (carpeta 05). **AFP SKANDIA S.A**: certificado de existencia y representación legal, formulario de afiliación, certificado de vinculación a dicha entidad, estado de cuenta, peticiones radicadas por la accionante y respuesta dadas a las mismas e historia de vinculaciones. Mientras que COLFONDOS, allegó: historial de vinculaciones (no pertenece a la demandante), formulario de traslado, reporte de estado de cuenta, comunicados de prensa y certificado de existencia y representación.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 13 de enero de 2000, 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 a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 13 de enero de 2000, la demandante tenía 634.57 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (historia laboral allegada por COLPENSIONES carpeta 5.2 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, 26 años (nació el 10 de abril de 1968, archivo 5 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo ha hecho, podrá pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para la calenda en que fue radicada la demanda 14 de enero de 2021, la demandante había cotizado 1645.86 semanas- folio 146 cuaderno 1); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la 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 COLFONDOS S.A., el 13 de enero de 2000, 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.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se

celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, 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 así se dejó estipulado en la sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual se 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 anterior, esta Sala de decisión **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó tanto a **SKANDIA S.A.** como **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 afiliada la demandante a cada entidad, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas, tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **CARMEN HEMERITA MEDELLIN BOHORQUEZ**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLFONDOS**, el 13 de enero de 2000.

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 SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante SKANDIA 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de marzo de 2023, por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, SKANDIA 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: [11001310500420210000601](#)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No. 004-2021-00142-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: LUIS ENRIQUE PACHON COMBITA Y LUZ MARINA ALBADAN
DEMANDADO: AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA 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 parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 04º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes -demandante y demandada-, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

Los señores **ENRIQUE PACHON CÓMBITA y LUZ MARINA ALBADAN**, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, debidamente sustentada como aparece de folios 6-25 del cuaderno 1 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

- 1. DECLARAR** que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes causada con ocasión al fallecimiento de su hijo **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN .**

2. **DECLARAR** que dependían económicamente de su hijo fallecido.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

3. **CONDENAR** a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, al pago de la pensión de sobrevivientes, en un porcentaje igual al 50% a favor de cada uno, desde el 23 de febrero de 2013, fecha en que falleció el señor **JUAN CARLOS PACHÓN ALBADAN**.
4. **CONDENAR** a la entidad demandada, a pagar el retroactivo debidamente indexado.
5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que los accionantes no demostraron que dependieran económicamente de su hijo, conforme lo prevé el literal d) artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, falta de cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de padres del causante, entre otras.

Mediante proveído del 14 de junio de 2022, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada. (Carpeta 12 y 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 21 de noviembre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: ABSOLVER a **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Por el resultado del proceso, el Juzgado se releva del estudio de las excepciones propuestas.

TERCERO: NEGAR la tacha de testigos propuestas por la demandada.

CUARTO: CONDENAR en costas a los demandantes, se fijan como agencias en derecho la suma de 1/8 de SMLMV a cargo de cada uno de los demandantes.

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

El apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, indicando: "observo

que no han sido debidamente valorados los testigos y tampoco ha sido valorado el interrogatorio que se le hizo cada uno de los demandantes. Por lo tanto, señor juez, hago uso del recurso de apelación apoyándome en la sentencia SL 1444 del 2021, con radicación 76468 y acta 11 de esa misma anualidad que fue el 12 de abril del 2021, teniendo en cuenta que aquí no se ha valorado ni se ha justipreciado verdaderamente los hechos que dieron motivo a la presentación de esta demanda de pensión de sobreviviente. Señor juez, solicito a usted con el debido respeto conceder el recurso de apelación para el superior inmediato, gracias.”

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS- principio de consonancia-, la Sala estudiará si los demandantes dependían económicamente de su hijo JUAN CARLOS PACHON ALBADAN y por tal razón tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes.

Al respecto debemos partir de lo preceptuado en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, norma vigente para el 24 de febrero de 2013, día en que se produjo la muerte del afiliado (folio 50). Dicha disposición, considera como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los padres **económicamente dependientes del causante**. Esta dependencia según lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-111 de 2006 no debe entenderse como la ausencia de ingresos de los padres sino como la falta de condiciones materiales que les permitan, a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ser autosuficiente económicamente.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación SL 964 de 2023, preciso que, para verificar la dependencia económica de los padres, no es procedente individualizar los gastos de cada uno de los miembros de la unidad familiar, pues debe entenderse que las necesidades de quienes conforman el hogar ingresan a un presupuesto común, siempre que atiendan el concepto de vida digna y congrua subsistencia:

“pues bien es sabido, que no es necesario acreditar dicho valor para acceder a la pensión de sobrevivientes por dependencia económica, en tanto no se trata de un requisito consagrado en la ley.”

A lo que se suma que nuestro máximo órgano de cierre ha enunciado que el cumplimiento de la citada exigencia debe ser verificado en cada caso concreto,

por lo que deben valorarse las particularidades de quienes alegan, en relación con la contribución que recibían del causante y su incidencia en la atención de sus necesidades básicas, en condiciones de dignidad y suficiencia.

Es así como en providencia SL 964 de 2023, al dictar la sentencia de instancia, la Sala de Casación laboral, concedió pensión de sobrevivientes a la madre de la afiliada, aun cuando aquella estuviera pensionada por vejez, al considerar que la prestación que recibía la progenitora no alcanzaba a cubrir los gastos del grupo familiar, máxime cuando la causante como la demandante dentro de ese proceso, asumieron la custodia y cuidado de una sobrina, precisando la Corte Suprema de Justicia, que se deben analizar cada caso en particular:

“En ese orden de ideas, el sentenciador plural erró en grado superlativo al desconocer la situación a la que se ha hecho mención, pues aun cuando la dependencia debe analizarse en perspectiva del padre, para lo cual ha de lucir diáfana la necesidad de recibir la ayuda financiera que proveía el hijo para que sus derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas no se vean amenazados, la jurisprudencia no puede desconocer las realidades que surgen en el entorno familiar, por situaciones de facto, solidaridad y asistencia; por ello, se insiste, el sometimiento monetario debe evaluarse en cada caso particular y concreto. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, lo que se ve es la existencia de una interdependencia económica que impedía estarse a las necesidades de la actora, individualmente considerada, con desconocimiento de que tenía a cargo la adolescente”

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en el presente caso no existe discusión que los señores LUZ MARINA ALBADAN y LUIS ENRIQUE PACHON COMBITA, figura como padres del causante JUAN CARLOS PACHON ALBADAN (folio 48 carpeta 1), como tampoco que el afiliado murió como consecuencia de un accidente de trabajo (folio 80 carpeta 1)

Atendiendo lo expuesto, esta Sala de decisión considera que el problema radica en establecer si los demandantes dependían económicamente del causante, como quiera que la entidad accionada consideró que no se demostró dicho presupuesto, más cuando cada uno recibe una pensión de vejez.

En este asunto está probado que mediante Resolución N°030936 de 2005, el entonces Instituto de Seguro Social, le reconoció a la señora LUZ MARINA ALDABAN, una pensión de vejez, a partir del 1 de octubre de 2005, en cuantía de \$381.500. De igual forma, mediante Acto Administrativo n.º033972 de 2011, la mencionada entidad, le otorgó el beneficio pensional por vejez al señor LUIS ENRIQUE PACHON COMBITA, con fecha de disfrute el 1 de enero de 2011, en una suma de \$535.600.

Ahora, para probar esa dependencia económica los demandantes allegaron como pruebas documentales el registro civil de nacimiento de su primogénito, así como el registro de defunción de éste, solicitud de reconocimiento pensional radicada ante la entidad el 18 de febrero de 2020, respuesta dada por la accionada al requerimiento presentado, liquidación de la sociedad conyugal de los demandantes, y resoluciones de reconocimiento de la pensión de vejez. Sin embargo, de estas pruebas no se logra evidenciar la cuantía y periodicidad de esa ayuda económica que recibían de su hijo.

Por otra parte, se escuchó la declaración de la demandante LUZ MARINA ALDABAN, quien manifestó que su hijo trabajaba en el Municipio de Santa fe Antioquia, pero que cuando tenía tiempo libre viajaba a la ciudad de Bogotá, quedándose en su casa. Aseguró que su primogénito, le ayudaba moral y económicamente, que éste último aporte consistía en colaborarle para el pago de su medicina prepagada: *“Sí señoría él me ayudaba mucho, me apoyaba tanto física, moralmente en mis citas, me ayudaba para pagar mi pre pagada que hoy ya no la tengo porque yo tenía pre pagada en mi necesidad de ser lo que él podía era mi apoyo total sí señor (...) Él me ayudaba como en un porcentaje a veces \$200.000 o \$300.000, lo que él podía sí señor.”* y que también en muchas ocasiones le colabora, para la remodelación de la Casa.

La accionante indicó en su interrogatorio que desde que se pensiono trabajaba en una peluquería ubicada en Unicentro, la cual cerró a raíz de la pandemia: *“Yo trabajaba en un salón de belleza época de Unicentro como estilista, ya hoy en día eso ya lo vendieron a otra entidad.”* Por otra parte, señaló que su hijo también le ayudó a su padre, pero que desconocía la cifra de esa colaboración.

Entre tanto el señor LUIS ENRIQUE PACHON COMBITA, en su interrogatorio enunció: *“Doctor anterior a la fecha en que yo fui pensionado tuve una época en la que yo viví en la casa de mi sobrino Javier Albarán, entonces mi hijo Juan Carlos para el año dos 2010, 2011, etcétera, él me colaboraba a mí para poder pagar los servicios de esa casa, porque yo a mí sobrino no le pagaba arriendo, pero sí tenía que pagar los servicios de la casa. Entonces mi hijo Juan Carlos me colaboraba para el pago de esos servicios y por ahí para mis gastos personales también él me ayudaba de esa manera, porque todavía no tenía la pensión, como usted puede saber pues yo salí pensionado en el 2011 y él murió en el 2013.”* Que la ayuda de su hijo oscilaba entre \$100.000 y \$150.000 de manera mensual y de ello casi nadie se daba cuenta porque él vivía solo, en una alcoba ubicada en una propiedad de un sobrino: *“No, casi siempre estábamos solamente los dos, porque pues yo vivía en una alcoba, en una pieza de la casa de mi sobrino y realmente pues mi sobrino estaba trabajando o algo y estábamos casi siempre los dos solos.”*

Mientras el testigo JAVIER ENRIQUE ALDABAN PACHON, en su manifestación enunció que era sobrino de los demandantes, que supo que el afiliado fallecido le colaboró económicamente a sus padres, pero desconoce el monto de esa ayuda y la frecuencia: *“No señor, no tengo, no sé el valor, pero sé que él como hijo ayudaba a mis tíos.”* y que no estuvo presente en la entrega de ese aporte económico: *“No, no, en eso sí no estaba presente. Sé que, por ellos, que ellos ayudaban, Juan Carlos ayudaba económicamente mis tíos.”*

El testigo ALFONSO CANIZALES ACERO, informó que conoce a los demandantes desde los años 90, que le consta por comentarios que el hijo Juan Carlos, les colaboraba con productos y efectivo: *“porque pues comentarios que me hacía don Luis, mi amigo y la señora, y que yo muchas veces estuve ahí pendiente con ellos, cuando estuve, cuando él llegaba y les traía y don Luis me comentaba que el hijo le había dado dinero o algo así.”* Y en cuanto a la frecuencia de esa colaboración, señaló: *“No, pues si les ayudaba con dinero, pero no que fechas exactas, no porque eso era cuando él estaba con su trabajo y eso y estaba en cualquier momento, no tenía unas fechas exactas para colaboración.”*

Finalmente IDALBA AIDE GIRALDO ALBARAN, adujo en su testimonio conocer a los accionantes, por ser sus tíos, que el causante en vida les ayudó económicamente, moral y afectivamente: *“Sí señor juez, por ejemplo, cuando necesitaban alguna medicina él se las compraba, Luis estuvo enfermo en una época, también mi tía, cuando un mercado él también aportaba”,* y que de ello sabe porque en una ocasión vio como su primo le entregaba la tarjeta debido a la demandante: *“Señora doctora, porque en una ocasión yo vi cuando Juan Carlos le entregó la tarjeta de débito a mi tía y me dio la clave y le dijo que podía retirar cuando necesitara ahí lo que necesitara, pero no decir qué monto le autorizo sino lo que necesitara.”* empero seguidamente preciso que desconoce el valor del aporte y la periodicidad del mismo.

Así las cosas, de los testimonios e interrogatorio de partes acabados de citar, no se acredita esa dependencia económica, tal como pasa a definirse:

La madre del afiliado, adujo en su interrogatorio que además de recibir una pensión derivada del riesgo de vejez, también percibía un salario producto de su actividad como estilista, luego para para la fecha del deceso de su hijo, esos ingresos la convertía en una persona auto suficiente económicamente, aunado a que la única ayuda que recibió de su hijo según su dicho, ya que ningún testigo lo corroboró, consistía en un aporte para el pago de cuota mensual de su medicina prepagada, servicio que se preste o no, no afecta el mínimo vital, más cuando la misma accionante aduce que actualmente la atención en salud la recibe de su EPS.

Mientras el padre del asegurado dio a conocer su situación económica antes de adquirir el estatus de pensionado, pero no relato nada después de la causación de esta acreencia. Si bien relató que sufre de una serie de patologías, no logró acreditar que su hijo le hubiese contribuido en la compra de los medicamentos, máxime cuando adujo que la ayuda económica de su hijo consistía en el pago de unos servicios públicos, cuyo valor era de \$100.000 a \$150.0000. valor que a juicio de la sala no lo hace dependiente

Los demandantes, no lograron a través de la prueba testimonial acreditar las afirmaciones realizadas en la demanda y en el interrogatorio, ya que los testigos no presenciaron la entrega de ese aporte, pues fueron claros en aceptar que conocen de esa situación por comentarios efectuado por los mismos accionantes, a lo que se agrega que no saben el valor de la ayuda y la periodicidad de entrega de la misma, más cuando la testigo IDALBA AIDE GIRALDO ALBARAN, preciso que solo en una ocasión presenció que el afiliado le entregó la tarjeta de la entidad financiera a la madre, a lo que se le suma que el asegurado fallecido, ni siquiera vivía en la misma ciudad de sus progenitores y solo los visitaba cuando tenía permiso en su trabajo, descartándose una posible frecuencia de esa contribución.

De otra parte, no se logró tampoco demostrar los ingresos del afiliado JUAN CARLOS PACHON, y la antigüedad en su trabajo, para así lograr establecer que recibía unos ingresos y que los mismos en parte eran destinados a ayudar a sus padres, descartándose aún más que no existe prueba del periodo y cuantía del aporte. Lo anterior, por cuanto la madre del asegurado adujo que su hijo dada su profesión de arquitecto a veces contaba con trabajo y en otras ocasiones no: *“Cuando él estaba trabajando, cuando a veces porque duraba a veces que los contratos este contrato de arquitectura a veces tienen trabajo, otras veces quedan que no tienen el trabajo, pero mientras que él podía él en sus capacidades sí señor.”*

Luego entonces del material probatorio recaudado es claro para esta Sala de decisión, que NO se encuentra debidamente acreditada la dependencia económica de los accionantes respecto de su hijo fallecido, entendido este presupuesto como la falta de condiciones materiales que le permiten ser autosuficiente económicamente, por lo que se habrá de confirmar la ABSOLUCION impartida por el Juez de 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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de noviembre de 2022, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500420210014201](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 005-2021-00542-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO CASTILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, analiza el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el día 31 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y accionadas -COLPENSIONES y PORVENIR S.A.-, 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 **LUIS EDUARDO CASTILLO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 02 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. **DECLARAR** que existió vicio en el consentimiento que, lo indujo en error en la afiliación, por el incumplimiento de la AFP PORVENIR S.A., en el deber de información.
2. **DECLARAR** la **INEFICACIA** del acta o formulario de afiliación, por medio del cual se vinculó al RAIS.
3. **DECLARAR** que para efectos pensionales, continua afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a devolver 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. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que le brindó información al actor de manera

clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, expresándole el funcionamiento, características y condiciones del RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (carpeta 5).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de vinculación ante PORVENIR S.A. Propuso las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 14 de octubre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (carpeta 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 31 de octubre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual realizado por el señor LUIS EDUARDO CASTILLO a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR A PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: Sin COSTAS.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses de la entidad demandada -COLPENSIONES-, 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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA actualmente PORVENIR S.A., efectuado por LUIS EDUARDO CASTILLO, el día 10 de diciembre de 1999; **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 afiliado 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 10 de diciembre de 1999 (fl 90 del archivo 5 del expediente digital)

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

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, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de vinculación al RAIS, historia válida para bono pensional, memoriales suscritos por PORVENIR S.A, comunicados de prensa y concepto emitido por la Superfinanciera.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 10 de diciembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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 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 10 de diciembre de 1999, el demandante tenía 394,3 semanas efectuadas al RPM (historia laboral incorporada a folio 94 carpeta 5 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, 33 años (nació el 10 de mayo de 1961 fl 2 del archivo 2 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el 22 de febrero de 2022, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en el fls 94 del archivo 5 del expediente digital, el demandante había cotizado 1467 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748

de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la 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 10 de diciembre de 1999, 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 1º 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.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, 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, la orden de reintegro involucra 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.

Por lo tanto, esta Sala de decisión considera pertinente realizar la adición de la sentencia de primera instancia, referente a que la condena impartida en contra de **PORVENIR S.A.**, también involucra 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 la entidad, lo correspondiente a 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** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **LUIS EDUARDO CASTILLO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 10 de diciembre de 1999, pero adicionando la decisión, en el entendido que la administradora de carácter privado, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados.

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 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado 05° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la AFP PORVENIR S.A., devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes efectuados por el accionante en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos

pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: 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: [11001310500520210054201](https://www.gub.uy/11001310500520210054201)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 005-2021-00637-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **HERMAN NIETO LOZANO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **APELACION COLFONDOS Y CONSULTA**
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor de COLFONDOS, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el

día 26 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y accionadas -COLPENSIONES y PORVENIR S.A.-, 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 **HERMAN NIETO LOZANO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A., AFP COLFONDOS S.A. y AFP PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 02 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad, efectuado en el mes de septiembre de 1996, por medio de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., ante la falta de información y buen consejo.

2. DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado a las administradoras PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., ante la omisión en el deber de información.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. CONDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración.

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. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la vinculación realizada por el demandante, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia de la solicitud de afiliación, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (carpeta 6).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de vinculación ante PORVENIR S.A. Propuso las excepciones de buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, entre otras. (carpeta 5)

Mientras que **PROTECCION S.A.**, enunció que el acto de vinculación que efectuó el actor al RAIS, se presentó de manera libre, voluntario, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema General de Pensiones, entre otras. (carpeta 7)

Finalmente **COLFONDOS S.A.**, indicó como fundamentos de defensa que, sus asesores brindaron al accionante una asesoría integral y completa respecto de

todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le informó acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias con el Régimen de Prima Media, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 12 de octubre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** (carpeta 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 26 de octubre de 2022, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual realizado por el señor HERMAN NIETO LOZANO a través de COLMENA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCIÓN S.A.

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

TERCERO: ABSOLVER de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, a PORVENIR S.A.

CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS. Incluyase como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes .

QUINTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES”

RECURSO DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A., inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, indicando: *“teniendo en cuenta que en el presente caso hay varios actos de relacionamiento cierto, que justifican y que de alguna manera demuestran la voluntad de permanecer el señor demandante al Régimen de Ahorro Individual. De igual manera, revisando la parte motiva de la sentencia apelada se tiene que el señor juez manifiesta que en primer lugar tenía la carga de la prueba la primera administradora, si la primera administradora, la administradora Porvenir que, fue la administradora primigenia, que llevo a cabo el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, en consecuencia se condena unicamente en costas a mi representada COLFONDOS S.A., sin embargo esta sentencia no guarda coherencia, ni congruencia, entre la responsabilidad de las demás administradoras y la responsabilidad en cabeza de COLFONDOS S.A., solicitandole al Honorable Tribunal se tenga en cuenta que la afiliación primigenia no fue la efectuada con COLFONDOS y fue la afiliación primigenia el fondo que tenía la obligación de administrarle e informarle todas las características propias del régimen de ahorro individual al señor demandante, e en consecuencia solicitó al Honorable Tribunal, se revoque o se adicione la sentencia condenando a las demás administradoras.”*

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA S.A. actualmente PROTECCIÓN S.A., efectuado por HERMAN NIETO LOZANO, el día 12 de septiembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A, devuelva la totalidad de aportes

y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado 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 COLMENA hoy PROTECCION S.A., el 12 de septiembre de 1996. Así mismo está probado que el 13 de septiembre de 2000, se vinculó a HORIZONTE S.A. actualmente PORVENIR y finalmente a COLFONDOS, actuación que ocurrió el 22 de enero de 2010 (fl 29 del archivo 4 del expediente digital)

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

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

En el 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, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de vinculación al RAIS, historia válida para bono pensional, memoriales suscritos por PORVENIR S.A, comunicados de prensa y concepto emitido por la Superfinanciera. Entre tanto **PROTECCION S.A.**, allegó constancia de traslado de aportes, reporte estado de cuenta, historial de vinculaciones, solicitud de afiliación, respuesta a petición radicada por el accionante, concepto de la superfinanciera, y comunicados de prensa. **COLFONDOS** incorporó historial de vinculaciones, formulario de afiliación, cédula de ciudadanía del afiliado, historia laboral, y certificado de existencia y representación legal.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 12 de septiembre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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 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 12 de septiembre de 1996, el demandante tenía 98.71 semanas efectuadas al RPM (historia laboral incorporada dentro del expediente administrativo), 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 20 de marzo de 1963 fl 21 del archivo 2 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 08 de abril de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por COLFONDOS S.A., que obra en el fls 29 del archivo 2 del expediente digital, el demandante había cotizado 1328.28 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la 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 PROTECCIÓN S.A., el 12 de septiembre de 1996, 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.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, 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, la orden de reintegro involucra 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, al efecto 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 tanto, esta Sala de decisión considera pertinente realizar la adición de la sentencia de primera instancia, referente a que la condena impartida en contra de COLFONDOS **S.A.**, también involucra a PORVENIR S.A y PROTECCION S.A., en el entendido de 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 la cada entidad, lo correspondiente a 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** la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **HERMAN NIETO LOZANO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PROTECCION S.A.**, el 12 de septiembre de 1996 , pero adicionando la decisión, en el entendido que la administradora de carácter privado COLFONDOS S.A., devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en relación a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá tanto PROTECCIÓN S.A.,

PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A., a COLPENSIONES debidamente indexados, atendiendo para ello el tiempo que estuvo vinculada a cada AFP.

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-* considera la Sala, que le asiste razón al recurrente, en cuanto a que la condena en costas deben fijarse 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 modificara el numeral cuarto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera

instancia, estarán a cargo UNICAMENTE a de COLFONDOS S.A., PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.

Cabe advertir que si bien COLFONDOS, ni PORVENIR, no generaron el cambio de régimen pensional, lo cierto que avalaron dicha omisión, al aceptar la vinculación, sin verificar previamente si se había cumplido con el deber de información, y ello es así porque no se verifica que se le hubiese impartido algún tipo de información sobre el régimen que administran.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante COLFONDOS 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,

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: MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2022, por el Juzgado 05° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante HERMAN NIETO LOZANO, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los retornara tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A. y

COLFONDOS S.A., a COLPENSIONES debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que el actor, estuvo vinculado a cada compañía.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido de CONDENAR también a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en costas de la primera instancia, conforme se expuso.

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

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310500520210063701](https://www.corteconstitucional.gub.ve.gob/11001310500520210063701)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 012-2021-00412-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: DORIS BELTRAN JOYA
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN COLFONDOS Y
COLPENSIONES// CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de julio de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, presentó alegaciones, según lo ordenado en auto de 09 de agosto de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **DORIS BELTRÁN JOYA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP COLFONDOS 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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado a **COLFONDOS S.A.**, en el mes de enero de 1999.
2. **RETROTRAER** las cosas a su estado anterior y ordenar a **COLPENSIONES** a tenerla entre sus afiliadas, como si nunca se hubiera traslado, en virtud del regreso automático.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes, rendimientos financieros, bono pensional y cuotas de administración.
2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a activar la afiliación en el régimen que administra y a recibir todo los dineros provenientes del RAIS.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

COLFONDOS S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones del traslado, así como de las características del RAIS, el funcionamiento y las diferencias con el RPM. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe e innominada o genérica.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que la accionante de manera libre y voluntaria decidió efectuar el traslado de régimen pensional. Además que la asegurada no puede retornar al régimen que administra, por estar esta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de prescripción caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 03 de marzo de 2023, admitió los escritos de defensa presentados por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. (carpeta 18).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 17 de julio de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora DORIS BELTRAN JOYA, identificada con C.C. N° 63.304.471 del Regimen de Prima Media con Prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., el 28 de enero de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR validamente vinculada a la señora DORIS BELTRÁN JOYA al Regimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme se expuso.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todo los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora DORIS BELTRAN JOYA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurados, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el articulo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre COLFONDOS S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora DORIS BELTRÁN JOYA, al Regimén de Ahorro Individual con Solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no pobadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidacion de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decision por parte de COLPENSIONES, remitase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de ONSULTA a su favor”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que el cambio de regimen pensional realizado por la demandante, se presentó de manera libre y voluntaria, precedido de un asesoría sobre la implicaciones de dicha decisión. Igualmente expuso que la negativa en acceder a la suplica de la accionante,

relacionada con retornar el regimen que administra, se fundamentó en la prohibición legal prevista en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que a la asegurada le faltaba menos de 10 años para adquirir el beneficio pensional. Finalmente manifestó que, al no haber tenido injerencia en el traslado de regimen, sumado a que sus decisiones se ajustaron derecho, no se debió emitir condena en costas.

Mientras que **COLFONDOS S.A.**, insiste en que no se debió emitir condena por gastos de administración y seguros previsionales, ya que se tratan de descuentos autorizados por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sumado a se presentan como consecuencia de la administración de los dineros o recursos pensionales de la asegurada, gestión que a su vez han generado unos rendimientos. Así mismo reseñó que como quiera que, los efectos de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado inicial, no debió administrar la cuenta de la accionante, como tampoco generar unos rendimientos, ni frutos e intereses, que de accederse a ello, se estaría configurado el medio exceptivo de cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., por DORIS BELTRÁN JOYA, el día 28 de enero de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A., el 28 de enero de 1999 (fl 21 carpeta 14 del expediente digital)

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo e historia laboral (carpeta 11-12). **AFP COLFONDOS S.A**: historial de vinculaciones, formulario de afiliación, comunicados de prensa, certificado de existencia y representación y reporte de días acreditados,

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 28 de enero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 28 de enero de 1999, la demandante tenía 326,29 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 1 carpeta 12 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 17 de agosto de 1963, fl 9 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el 09 de enero de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por COLFONDOS S.A., que obra en el fls 16 del archivo 1 del expediente digital, la demandante había cotizado 1451 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la 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 COLFONDOS S.A., el 28 de enero de 1999, 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.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, 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, la orden de reintegro abarca 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, pues así se ha precisado en reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre -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 realizar la aclaración, que la condena impartida en contra de **COLFONDOS S.A.**, también involucra 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, gastos de administración, 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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **DORIS BELTRÁN JOYA**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLFONDOS S.A.**, el 28 de enero de 1999, pero con la aclaración que la administradora de carácter privado, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados.

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 la afiliada, 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 revocará 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.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante COLFONDOS 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 17 de julio de 2023, por el Juzgado 12 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: ACLARAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2023 por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la AFP COLFONDOS S.A., devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, según se expuso.

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

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, **COLFONDOS 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: [11001310501220210041201](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 16-2020-00046-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ALEJANDRO ROSERO MELO**
DEMANDADO: **CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL
CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16º Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 12 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ALEJANDRO ROSERO MERO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se decrete la existencia de un contrato de trabajo (contrato realidad), entre las partes, el cual estuvo vigente desde el 6 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2017.

2. Se decrete a favor del demandante, el pago de todas las prestaciones sociales, por todo el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral, comprendida entre el 6 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2017, correspondiente a la suma de \$64.340.781, por los siguientes conceptos:
 - Cesantías causadas del 31 de junio de 2012 al 31 de enero de 2017, la suma de \$21.708.524.
 - Intereses a las cesantías del 31 de junio de 2012 al 31 de enero de 2017, la suma de \$10.579.287.
 - Primas de servicio causadas y no pagadas de los años_
 - 2012 \$.2333.334
 - 2013 \$4.666.667
 - 2014 \$4.666.667
 - 2015 \$4.666.667
 - 2016 \$4.666.667
 - 2017 \$ 319.634
 - Vacaciones pendiente de pago del 31 de junio de 2012 al 31 de enero de 2017, la suma de \$10.733.334.
3. Se decrete a favor del demandante, el pago o devolución de la cuota parte, de todos los aportes que le correspondía efectuar a la demandada, en su calidad de empleador, al fondo de pensiones – COLPENSIONES, al cual se encuentra afiliado el demandante, durante todo el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral, comprendida entre el 6 de junio de 2012 hasta el 31 de enero de 2017, y que debió asumir el actor, por el no pago de la CRUZ ROJA.
4. Se ordene a favor del demandante, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, a razón de un día de salario, tomado del último salario devengado, esto es, \$155.400 a partir del 31 de enero de 2017 y hasta que se efectúe este pago.
5. Se ordene el pago a favor del demandante, equivalente a un día de salario, tomado del último salario devengado y, por cada día de retardo, a partir del 31 de enero de 2017 y hasta que se efectúe el pago, por el no pago oportuno de las cesantías, conforme lo indica el artículo 99 numeral tercero de la Ley 50 de 1990.
6. Se ordene el pago a favor del demandante por concepto de indemnización terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, según lo indicado en el artículo 64 del CST, para la relación laboral que estuvo vigente entre el 6 de junio de 2012 al 31 de enero de 2017.
7. Se ordene a la demandada, a realizar los aportes correspondientes a pensión, al fondo de pensiones – COLPENSIONES, al cual se encuentra afiliado el demandante, durante todo el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral, comprendida entre el 24 de noviembre de 2015 y el 24 de enero de 2016 (Sic).

8. Que se condene a la pasiva al pago de la indemnización moratoria, consagrada en el artículo 65 del CST, modificado por el Art. 29 de la Ley 789 de 2002, por no haber efectuado o cancelado la correspondiente liquidación del contrato de trabajo, al momento de terminar la relación laboral.
9. Al pago indexado sobre todas las sumas decretadas.
10. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ**, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 11 de febrero de 2022.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 16° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de julio de 2022, dispuso:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada **CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante el señor **ALEJANDRO ROSERO MELO**, identificado con cédula de ciudadanía 19.312.465.

SEGUNDO: dado el resultado de la Litis, se declaran probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones demandadas.

TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo como agencias en derecho el monto de medio salario mínimo legal mensual vigente moneda corriente.”

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. **CONTRATO REALIDAD:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, como quiera que, se acreditaron los elementos de subordinación y remuneración, en tanto que el demandante debía cumplir con un horario, de acuerdo a los turnos establecidos y jornada de trabajo, aparte que el actor debía trabajar con los insumos para atender a los pacientes dentro de las instalaciones de la demandada.

Teniendo en cuenta lo anterior, se acreditó que el demandante debía pedir autorización para ausentarse de su lugar de trabajo, pues no se permitía el ausentismo, y si bien la programación estaba en cabeza de la entidad, esto es, de un órgano que programaba turnos, el actor siempre los cumplió.

Respecto de la remuneración, que fue variable, pues es la realidad del sistema de salud, pues la contratación por prestación de servicios se ha naturalizado, pese a que el actor no podía llevarse trabajo a su casa, sino que por el contrario, debía atender en un consultorio donde se le impuso estar en un horario, cumpliendo el turno establecido por la demandada, dependiendo de la carga laboral, que en los médicos siempre se ha superado, pues trabajan casi 12 horas.

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 ALEJANDRO ROSERO MELO y la CRUS ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ **2)** En caso afirmativo, si es procedente el pago las acreencias laborales solicitadas en la demanda.

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 ALEJANDRO ROSERO MELO y la CRUS ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ 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 *“aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración “.*

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

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

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

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

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

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

Descendiendo al *sublite*, el señor ALEJANDRO ROSERO MELO, afirma en los hechos de la demanda que trabajó para la demandada desde el 6 de junio de 2012 al 31 de enero de 2017, para lo cual aportó copia de un contrato denominado

prestación de servicios asistenciales prestados a la Cruz Roja Colombiana, el cual tiene por objeto a prestar el servicio médico asistencial de atención integral de consulta externa y de urgencias como médico, cuyos servicios serían prestados en las dependencias locativas de la Cruz Roja Colombiana Seccional Cundinamarca y Bogotá.

Igualmente, se recibió el testimonio de las señoras **MARLEN PIDIACHE, YENY MAGNOLIA MORENO GARNICA y NANCY MAYOLI SÁENZ CALDERÓN**, coincidieron en su declaraciones en cuanto manifestaron conocer al demandante por sus actividades como médico en atención de urgencias al servicio de la Cruz Roja, en la sede de la institución ubicada en la avenida 68 de esta ciudad, es por ello no cabe duda que el médico Alejandro Rosero prestó servicios personales en favor de la Cruz Roja, desde el 6 de junio de 2012, según la fecha de suscripción del mencionado contrato de prestación de servicios, vínculo que se mantuvo hasta el 31 de enero de 2017, conforme se desprende de la aceptación de este hecho en particular por la demandada cuando al contestar al hecho segundo indicó lo siguiente: *“si bien es cierto que prestó sus servicios en las fechas que allí se indican”*.

De lo anterior se acredita en primer lugar la prestación personal del servicio por parte del demandante, por lo que se activa a su favor la presunción del principio de contrato realidad, explicado anteriormente, con lo cual se traslada la carga a la demandada para desvirtuar el elemento de subordinación.

Así la cosas, se aportaron sendos correos electrónicos, con los asuntos “Jornada de Higiene de manos 5 de Mayo”, “Lucha contra la resistencia a los antibióticos”, etc., los cuales no tienen la virtud o facultad de acreditar la subordinación.

Ahora, reposa un correo proveniente del SENA, mediante el cual se invita de manera general a la participación de un curso otorgado por ésta entidad, sin que se pueda confundir el ejercicio del poder subordinante, toda vez que el destinatario de dicho correo fue un grupo de personas, y no de manera particular y concreta al actor, en general es un correo masivo.

Al respecto, se recibió **INTERROGATORIO DE PARTE** del demandante, quien indicó que los turnos médicos se programaban por parte de la Coordinación de Urgencias de la Cruz Roja e informó que le ofrecieron tres horarios, de mañana, tarde y noche, que hacia turnos en la tarde y con cierta frecuencia en la noche y que conforme quedaba la programación la cumplía como quedaba organizada.

Ahora bien, se recibió el testimonio de la señora **MARLEN PIDIACHE**, quien es Técnico Administrativo en Salud, manifestó que trabajó en el área de urgencias

de la Cruz Roja, por lo que conoció al actor en el año 2014 o 2015, siendo compañeros de trabajo. Sobre la jornada informó que se manejaban horarios uno de 7:00 am a 1:00 pm, otro de 1:00 pm a 7:00 pm, que también existían turnos de noche o todo el fin de semana, los cuáles eran establecidos por la Coordinación Médica de acuerdo con la necesidad del servicio, que el doctor Alejandro tenía turnos rotativos, el último que recuerda fue en horario de la mañana y que el actor cuando necesitaba ausentarse pedía permiso.

Por otro lado, la testigo **YENY MAGNOLIA MORENO GARNICA**, manifestó que fue Secretaria de Jefatura Médica de la Cruz Roja, en relación a los turnos señaló que “ellos” -refiriéndose a los médicos-, tenían un horario la noche en la mañana según el cronograma, en el año 2014 eran estipulados por la doctora Marta Gómez como jefa médica la que luego fue reemplazada por la Nancy Sáenz.

La testigo **NANCY SAENZ CALDERÓN**, que es médico cirujano y quien fungió como Coordinadora Médica y luego como Jefe Médica de servicios de la demandada, recordó que el contrato del doctor Alejandro terminó porque a él se le ofreció una jornada que no le servía y explicó que él había ofrecido una disponibilidad en la cual se completaba un cierto número de turnos que se cumplían dentro la disponibilidad que él había ofertado, dijo que había jornada en la mañana y tarde con x número de turnos en la noche, con los respectivos descansos de pre turno y post turno y se trabajaba dos fines de semana al mes de acuerdo a la disponibilidad de cada profesional, precisó que los turnos se asignaban según la disponibilidad que el actor ofrecía, pues cada profesional cuando ingresaba se ofertaba la jornada que podía ser en la mañana de 7:00 am a 1:00 pm, de 1:00 pm a 7:00 pm y cada profesional hacía unos turnos en la noche y unos fines de semana, siguiendo una malla o rutina de turnos establecida en la que se definía qué días podía prestar sus servicios, la cual se les pasaba con anterioridad para que los profesionales verificaran e informaran si era acorde con su disponibilidad para prestar los servicios en esas jornadas. En lo que hace relación a los permisos necesarios para atender diligencias personales, indicó la testigo que se pedía que se notificara tan pronto tuviera conocimiento de la novedad para llamar a otra persona pero que en caso de enfermedad nunca se pedía incapacidades ni justificación de la ausencia.

Por otro lado, a folio 24 del Archivo 001 del expediente digital, obra correo electrónico de 31 de marzo de 2017, dirigido al demandante en el que se le solicitó que confirmara a la Coordinación Médica de SAMU Avenida 68, la disponibilidad para cubrir periodos de vacaciones en urgencias del personal de SAMU, luego el 2 de mayo de 2017, la misma Coordinadora Médica solicitó al actor conforme al correo de esa fecha donde se manifiesta que de acuerdo a lo conversado, y dado que no tenía disponibilidad de tiempo el actor que presentara la terminación del

contrato al no poder continuar, ante eso el doctor Alejandro remitió correo electrónico el 5 de mayo de 2017, a la Coordinación Médica Nancy Sáenz - SAMU 68, con asunto terminación del contrato, en cuya misiva manifestó que la Cruz Roja incumplió lo pactado ante la negativa de firmar un nuevo contrato, aduciendo que por esa razón no se le programaron más consultas, lo que calificó como una persecución por no aceptar desmejoras de las condiciones.

Pues bien, de las documentales anteriormente reseñadas, se tiene que las declaraciones testimoniales señalan que el actor debía cumplir con la programación que imponían a los médicos la entidad demandada, sin embargo, sus dichos no resultan concluyentes a la hora de determinar si la programación de turnos era una imposición de la Cruz Roja en el ejercicio de poder subordinante frente a sus empleados o si se trataba de la disponibilidad que ofertara el médico o su aceptación bajo el respeto de su autonomía e independencia.

Frente al tema y respecto del punto de apelación del demandante en cuanto a la exigencia al cumplimiento de horario en cualquier momento, trayendo a colación la sentencia SL328 de 2023, en la que el máximo órgano de cierre adoctrinó: *“La generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, no implican necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando no desborden la independencia o autonomía del contratista en el contrato de prestación de servicios.”*

Aunado a lo anterior, se tiene que el demandante recibió siempre remuneraciones variables, así pues, el 20 de enero 2017 \$4.452.000, en el año 2016 - 20 de diciembre \$4.293.000, 18 de noviembre \$3.816.000, 20 de septiembre de \$3.339.000, 19 de agosto \$4.293.000, 19 julio \$2.880.000, 11 de julio \$600.000, 15 de junio \$4.500.000, 13 de mayo \$4.320.000, el 15 abril \$4.500.000, 11 de marzo \$4.230.000, 12 de febrero \$5.217.000 y 01 de enero \$4.500.000; por lo que la evidente variación de lo percibido corresponde más al pago de honorarios, como indiscutiblemente lo aseguraron los testigos vertidos al proceso, que era lo que recibía el actor por los servicios que prestaba, en tanto que; si se tratara de un trabajador subordinado lo percibido por los servicios prestados no estaría atado o sujeto a la sumatoria de horas, como se acordó en el otro sí de 01 de julio de 2016, folio 7 del Archivo 001 del expediente digital, o por pacientes atendidos, sino al mes servicio prestado con independencia de la sumatoria de número de horas en las que prestaba sus servicios, las situaciones en el pago que recibía fue una constante que se aprecia en todos los extractos bancarios de folios 42 al 79 del expediente.

De lo analizado en el plenario, se evidencia que no se reúnen los elementos esenciales, que permitan configurar un contrato laboral, puesto que pese a que se hubiese allegado la prueba documental citada, así como la prueba testimonial y el interrogatorio de parte, lo cierto es que la misma no brinda ningún grado de certeza respecto del elemento de subordinación, pues como ya se dijo, el demandante no se encontraba subordinado, por el contrario, se acreditó que el actor era quien ofrecía sus servicios, y era él quien escogía si acogerse o no a la franja horaria que la demandada disponía para la prestación de sus servicios al público, incluso, vale la pena resaltar que con un documento carente de formalidades solicitaba la suspensión temporal del contrato de prestación de servicios, conforme se observa en el documento de folio 210 del Archivo 001 del expediente digital, en cuyo caso según informó la testigo Nancy Sáenz, la entidad se encargaba de suplir la falta del médico, sin que por lo menos en el caso de dicha suspensión, haya existido traumatismo tal que hubiera provocado por ejemplo llamado alguno de atención o proceso disciplinario lo cual se habría tornado en indiscutible la existencia de subordinación y la única consecuencia fue la imposibilidad de cobrar los servicios no prestados, quedando desvirtuado el elemento de subordinación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentra que en los términos planteados dentro del proceso y la prueba recaudada, no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes, por el contrario la prueba testimonial y documental que obra dentro del plenario da cuenta que el vínculo era autónomo e independiente, que no se recibían órdenes o instrucciones, ni se cumplía un horario, y que en el eventual caso en que no pudiera asistir el demandante, podía fácilmente informar que no asistía y la demandada suplir dicha ausencia con otro médico, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, y al lograr desvirtuar el elemento de subordinación contenida en el artículo 24 del CST, concluyendo entonces que medió un contrato de prestación de servicios entre las partes, no es posible declarar la existencia de un contrato de trabajo, tal y como lo pretende la parte demandante.

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 Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de julio de 2022.

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 HERNANDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501620200004601](https://expediente.digita.gov.co/11001310501620200004601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 016-2021-00228-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **JACQUELINE ESPINOSA RONDON**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PROTECCIÓN S.A.**
ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, analiza el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero de 20223, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte accionante, presentó alegaciones, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2023 , por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **JACQUELINE ESPINOSA RONDÓN**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN 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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** absolutamente ineficaz, el traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con las sumas adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, frutos e intereses.
2. **CONDENAR a COLPENSIONES** a vincularla en el régimen que administra, a recibir todos los dineros provenientes del RAIS y actualizar la historia laboral.
3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que le brindó a la accionante una asesoría adecuada, por lo que la decisión de vincularse al RAIS, fue totalmente libre, exenta de cualquier fuerza, constreñimiento o vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema General de Pensiones, innominada o genérica. (folio 3-29 carpeta 12)

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que no participó en el acto de traslado, sumado a que dicho cambio estuvo revestido de legalidad. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho de la demandante y de la obligación a cargo de la demandada, cobro de lo no debido, buena fe, genérica o innominada (folio 2-13 carpeta 19)

El Juzgado de conocimiento por auto del 23 de noviembre de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** (carpeta 25).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 23 de febrero de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR La ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizara la demandante señora **JACQUELINE ESPINOSA RONDÓN** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.787.583, por ante **COLMENA PENSIONES Y CESANTIAS** hoy **AFP PROTECCIÓN S.A.** debido al incumplimiento en el deber de información.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS AFP PROTECCIÓN S.A.** a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro

*individual de la demandante, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, incluyendo conceptos por capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general todo valor que haya recibido, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la parte demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad.*

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir los recursos condenados en el numeral anterior, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, traduciendo en semanas de cotización, todas y cada una de las que fueron efectuadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo los montos de **Medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/2 SMLMV)**, a cargo de la **AFP PROTECCIÓN S.A.** y de **Un Cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4SMLMV)** a cargo de **COLPENSIONES**, como valor de las agencias en derecho.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses de la entidad demandada-COLPENSIONES, 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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuado por JACQUELINE ESPINOSA RONDON, el día 27 de enero de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media

con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., el 27 de enero de 1995 (fl 48 del archivo 12 del expediente digital)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de

mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (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 e historia laboral. **AFP PROTECCION S.A**: Certificado de existencia y representación legal, formulario de vinculación, respuesta a requerimiento radicado por la accionante, historia válida para bono pensional, historial de vinculaciones, políticas para afiliar a personas naturales, historia laboral consolidada y comunicados de prensa.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 27 de enero 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 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 a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 27 de enero de 1995, la demandante tenía 245.71 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 36 carpeta 19 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, 29 años (nació el 07 de enero de 1965 fl 47 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el 6 de octubre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PPROTECCION S.A.. que obra en los fls 47 del archivo 12 del expediente digital, la demandante había cotizado 1198,86 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, 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 PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la 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 PROTECCIÓN S.A., el 27 de enero 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 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 realizar la aclaración, que la condena impartida en contra de **PROTECCIÓN S.A.**, también involucra 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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **JACQUELINE ESPINOSA RONDON**, del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la **AFP PROTECCIÓN S.A.**, el 27 de enero de 1995, pero con la aclaración que la administradora de carácter privado, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de

administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados.

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 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: ACLARAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: 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



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310501620210022801](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 030-2021-00389-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: FLOR ELBA HERNÁNDEZ MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR // CONSULTA
COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por PORVENIR, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de abril de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante como 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

La señora **FLOR ELBA HERNÁNDEZ MORENO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR S.A.**, como aparece en el archivo 02 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

- 1. DECLARAR** que, la **AFP PORVENIR S.A.**, incumplió con el deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa sobre las características y consecuencias del cambio de régimen pensional.
- 2. DECLARAR INEFICAZ** la afiliación efectuado al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, administrado por la AFP PORVENIR S.A.
- 3. DECLARAR** que, nunca se traslado al RAIS y se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

- 1. CONDENAR a PORVENIR S.A.**, a registrar en su sistema de información que la afiliación que efectuó al RAIS, es ineficaz.
- 2. CONDENAR a COLPENSIONES**, a activar la afiliación en el régimen que administra.
- 3. CONDENAR a PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a los propios recurso de la entidad, sin aplicar ningún descuento.
- 4. CONDENAR a COLPENSIONES** a recibir todos los dineros provenientes del RAIS.
- 5. Costas procesales.**

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 y 97 del Decreto 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 09).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que la afiliación que realizó la accionante al RAIS, se efectuó con plena voluntad y sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004 y C-789 de 2002. Además indicó que la asegurada no puede retornar al régimen que administra, por estar esta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 18 de noviembre de 2022, admitió los escritos de defensa presentados por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. (carpeta 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia el 13 de abril de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR *ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora FLOR ELBA HERNANDEZ MORENO, identificada con cédula de ciudadanía No.60.325.835, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy COLPENSIONES al Régimen De Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., a partir del 1° de junio de 1995, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

SEGUNDO: DECLARAR *válidamente vinculada a la demandante señora FLOR ELBA HERNANDEZ MORENO al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.*

TERCERO: CONDENAR *a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración incluyendo los valores destinados a la adquisición de seguros previsionales y aquellos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por el lapso en que permaneció en dicha administradora esto es desde el 1° de junio de 1995 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración y primas de seguro previsional deberán ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.*

CUARTO: ORDENAR *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.*

QUINTO: DECLARAR *no probadas las excepciones planteadas por las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto.*

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) a cargo de esa administradora y a favor de la demandante.

SEPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la Administradora Colombiana De Pensiones COLPENSIONES.

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

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, esta misma entidad ha precisado que no se debe aplicar de manera homogénea en todos los procesos en lo que se solicita la nulidad o ineficacia del traslado, por incumplimiento del deber de información, sino se debe analizar las situaciones fácticas en cada caso, considerando que dichas sentencias no pueden aplicarse a este asunto, ya que la accionante se vinculó al RAIS, de manera voluntaria y sin presiones, atendiendo las normas vigentes para el año 2000, sin que se exigiera una información o asesoría en los términos reclamados, aunado a que las características y desventajas del régimen están plasmadas en la Ley 100 de 1993, por lo que la accionante había podido corroborar la información en el citado precepto jurídico. Igualmente manifestó que no hay lugar a transferir lo concerniente a seguros previsionales, ya que se tratan de dineros que no se encuentran en su poder, sino de las entidades aseguradoras, aunado a que durante la vinculación estuvieron cubiertos los respectivos riesgos. Finalmente alegó lo referente a la condena por indexación, ya que con el traslado de los rendimientos, se está compensando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por FLOR ELBA HERNÁNDEZ MORENO, el día 16 de junio de 1995; **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 afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 16 de junio de 1995 (fl 31 y 151 carpeta 9 el expediente digital)

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

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 (carpeta 05). **AFP PORVENIR S.A:** formulario de afiliación y traslado, certificado de vinculación al RAIS, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, informes suscritos por PORVENIR S.A., comunicados de prensa, historia valida para bono pensional e historial de vinculaciones

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 16 de junio 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 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 a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 16 de junio de 1995, la demandante tenía 8.29 semanas cotizadas al ISS hoy COLPENSIONES (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 53 carpeta 8 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, 26 años (nació el 22 de enero de 1968, fl 60 del archivo 8 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo ha hecho, podrá pensionarse en el RPM en el año 2025 (precisando que para el 3 de febrero de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en el fls 35 del archivo 9 del expediente digital, la demandante había cotizado 1130 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 16 de junio 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 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 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

En tal sentido, 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 así se dejó estipulado en la sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual se 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 anterior, esta Sala de decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó 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, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas, tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **FLOR ELBA HERNANDEZ MORENO**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 16 de junio 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 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de abril de 2023, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso.

SEGUNDO: 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.


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ

PONENTE


CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503020210038901](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 30-2021-00126-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ADELMO SALCEDO CARRILLO
DEMANDADO: HOTEL HABITEL SAS
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ADELMO SALCEDO CARRILLO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **HOTEL HABITEL SAS**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Que se declare que existió la violación del derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho a una vida digna, el derecho a la salud y el derecho al trabajo.
2. Que se declare la ineficacia de la terminación unilateral del contrato sin justa causa por parte del HOTEL HJABITEL SAS, hotel, eventos u convenciones, teniendo en cuenta, que la empresa no cumplió con el requisito contemplado en el artículo 115 CST (avisar previamente a la imposición de la sanción de despido sin justa causa, para que el trabajador pudiera ejercer su derecho a la defensa en debida forma).

CONDENAS:

1. Que se ordene al HOTEL HABITEL SAS, hotel, eventos y convenciones al pago de la liquidación laboral del señor ADELMO SALCEDO por el despido sin justa causa, conforme lo establece el artículo 64 del CST, junto con la indemnización moratoria hasta la fecha de pago al demandante, la cual está establecida en el artículo 65 del CST y de acuerdo a esta corresponde a un valor de \$51.738.534 más la indemnización moratoria hasta la fecha de pago.
2. Se ordene a la demandada realizar el pago de honorarios del presente proceso, honorarios que el demandante ha tenido que solventar, pidiendo prestado y pagándole a cuotas.
3. Que se condene al representante legal del hotel demandado y al HOTEL HABITAL, para que sea condenado al pago de todo aquello que el Jue pueda probar como ultra y extra petita.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Mediante auto de 31 de agosto de 2022 se dio por contestada la demanda por parte de HOTEL HABITEL SAS (Archivo 16 del expediente digital).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 23° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 15 de septiembre de 2022, dispuso:

“PRIMERO: ABSOLVER a HOTEL HABITEL SAS, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ADELMO SALCEDO CARRILLO, conforme a lo expuesto en la parte emotiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de una justa causa para terminar el contrato, la inexistencia de la obligación, la de falta de causa y cobro de lo no debido, planteadas por la demandada y ABSTENERSE

de pronunciamiento frente a los demás medios exceptivos de conformidad con lo expuesto en las consideraciones que el despacho elaboró.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia al demandante, por secretaría líquidense e inclúyanse como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la demandada.”

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

1. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que el Despacho considera que se encuentra demostrado que le fue notificado previamente al demandante para que presentara los descargos, no existe un comprobante que acredite que haya notificado al demandante como lo establece la Ley, y no el mismo día del despido, en consecuencia, no se acreditó el debido proceso ni el derecho a la defensa, no pudo preparar su defensa.

Por otro lado, el Juzgado da por probado que hubo conductas inapropiadas por parte del demandante en contra de las empleadas de la empresa, sin embargo, esa afirmación no se encuentra probada, en tanto que las pruebas son 3 supuestas cartas presentadas por 3 personas que tenían una relación familiar de primas.

Adicional, considera el Juzgado que, el despido fue con justa causa, porque el reglamento indica en su artículo 26 que se prohíben las relaciones entre las partes, y si bien el demandante tuvo una relación sentimental con una de las empleadas, debido a eso se dio lugar a que las 3 se pusieran de acuerdo para declarar, dudando de dichas declaraciones por su parentesco, pues da por demostrado que los mensajes de WhatsApp son ciertos, sin embargo, los mensajes de celular aportados no tienen un peritaje, ni pueden demostrarse que los mensajes se hayan enviado desde el celular del demandante, pues ni siquiera tienen fecha, se encuentran recortados, sin que se puedan demostrar su veracidad.

2. COSTAS: Tampoco se encuentra de acuerdo con la imposición de costas, pues adicional a que el demandante se le vulneró sus derechos, después de haber trabajado casi 30 años con el hotel demandado, lo cierto es que, actualmente el demandante no tiene un trabajo para poder cancelar esas costas, no tiene pensión y se encuentra enfermo.

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)** Si conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, el demandante fue despedido sin justa causa, y hay lugar a la indemnización de que trata el Art. 64 del CST.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

En esta instancia no se encuentra en discusión la relación laboral que ató a las partes, quedando plenamente demostrado que suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 02 de octubre de 1995 hasta el 03 de marzo de 2020, para desempeñar el cargo de “Coordinador Operaciones Habitel”, devengando como último salario la suma de \$3.114.000, conforme copia de contrato individual de trabajo (fl. 38 y 39 del Archivo 15 del expediente digital) y certificación visible a folio 4 del Archivo 02 Anexos del expediente digital.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ART. 64 CST:

Mereció reparo al apoderado del demandante la absolución por concepto de indemnización por despido sin justa causa, pues el Despacho considera que se encuentra demostrado que le fue notificado previamente al demandante para que presentara los descargos, no existe un comprobante que acredite que haya notificado al demandante como lo establece la Ley, y no el mismo día del despido, en consecuencia, no se acreditó el debido proceso ni el derecho a la defensa, no pudo preparar su defensa. Por otro lado, el Juzgado da por probado que hubo conductas inapropiadas por parte del demandante en contra de las empleadas de la empresa, sin embargo, esa afirmación no se encuentra probada, en tanto que las pruebas son 3 supuestas cartas presentadas por 3 personas que tenían una relación familiar de primas. Finalmente, que los pantallazos de WhatsApp carecen de veracidad, como quiera que fueron aportados recortados y no se tiene certeza del remitente ni destinatario.

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la

carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Conforme la documental visible en el expediente, se logra determinar que, mediante misiva del 03 de marzo de 2020, la sociedad demandada le informó al señor ADELMO SALCEDO CARRILLO la decisión de terminar el contrato de trabajo con justa causa bajo los siguientes términos:

“Por medio de la presente comunicación, me permito manifestarle que luego de analizar los descargos rendidos por usted en las instalaciones de la empresa, el día 03 de diciembre de 2020, HABITEL SAS ha considerado que sus explicaciones no son satisfactorias.

Como consecuencia de lo anterior HABITEL SAS ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, a partir de la fecha.

Tal decisión tiene su fundamento en las conductas injustificadas desplegadas por usted frente a las empleadas de la empresa de seguridad ANDINA DE SEGURIDAD DEL VALLE y del personal femenino subordinado a su cargo como COORDINADOR DE OPERACIONES DEL HOTEL HABITEL, consistentes en acercamientos inadecuados, propuestos inapropiadas abusando de su posición jerárquica sobre las empleadas, aprovechamiento inadecuado de su cargo para otorgar permisos y otros beneficios a cambio de favores personales y entre muchas otras conductas manifestadas por empleadas y exempleadas del área de Operaciones de la empresa y de la empresa de seguridad ANDINA DE SEGURIDAD DEL VALLE, a través de versiones libres.

En efecto, desde el mes de diciembre de 2019 y en lo corrido del año se han recibido declaraciones formales de diferentes empeladas y exempleadas del área de Operaciones y de la empresa de seguridad ANDINA DE SEGURIDAD DEL VALLE en las que se evidenció que usted, aprovechando su cargo, realiza propuestas inapropiadas a las colaboradoras, empleando diferentes calificativos para referirse a las mujeres a su cargo, invitando constantemente a la empleadas a su cargo a salir, y escribiendo constantemente a las empeladas tanto dentro como fuera del horario laboral a través del servicio de mensajería interna WhatsApp, eventos que quedaron plasmados a las declaraciones rendidas por las personas afectadas y en las evidencias entregadas por las mismas en su declaración.

No solo se encuentra que la forma en la que se relaciona con sus subalternas es inapropiada, sino que además se evidencia que de forma inescrupulosa e injustificada ofrece promociones y beneficios a cambio de recompensas de índole personal. Conducta que no corresponde a la forma en la que se espera que un líder debe relacionarse con el personal a cargo, la cual, se espera que se encuadre en los lineamientos de respecto mutuo y cordialidad que HABITEL AS exalta y promueve entre sus empelados.

En las declaraciones recibida y evidencia reunida en la auditoria interna realizada, se encontró que usted no solo se limita a acercarse inapropiadamente a sus subalternas, sino que además hace un uso inapropiado de su puesto de trabajo al llamar constantemente a su oficina a las empeladas a su cargo, entablando

conversaciones no relacionadas con las funciones a su cargo e inclusive proponiendo a las empleadas la concesión de permisos personales para “salir” antes de la finalización de la jornada de trabajo.

Resulta importante señalar que, dentro de las versiones libres recolectadas se evidenció que Usted le solicita a una de las colaboradoras, presentarse a su oficina para tener relaciones sexuales, y a cambio de eso, promete otorgarle los permisos personales requeridos, sin descontarles el día por los mismos.

De igual manera, se evidenció que, Usted incitó a una de las empleadas a salir de su turno laboral, para recogerlas en el hotel para tener relaciones sexuales, lo cual, por ningún motivo y bajo ninguna circunstancia esa situación es permitida por su empleador, como quiera que, Usted está realizando actividades distintas para las cuales fue contratado, está extralimitando sus obligaciones laborales y está usando el cargo como COORDINADOR DE OPERACIONES, de manera inapropiada.

Así mismo, en una de las versiones libres remitidas a la compañía, una de las colaboradoras menciona que, Usted, intenta darles besos y caricias a las colaboradoras y que además las invita a almorzar, y que, si Usted hacía favores a las trabajadoras, las mismas tenían que, recompensarlo, por lo que, las mismas manifiestan sentirse acosadas e intimidadas tosa vez que, Usted les toma la mano y la cara sin el consentimiento de ellas.

Cabe resaltar que estas conductas resultan ser de alta gravedad, pues no solo implica una falta de respeto, honestidad, y buena fe, sino que además supone una violación a sus obligación como empleado de nuestra empresa al realizar conductas que además de ser reprochables no corresponden a las labores para las cuales fue contratado por HABITEL SAS, atentando contra la moral y la dignidad de las personas con las que comparten su espacio de trabajo.

Es de señalarse que las circunstancias anteriormente descritas, representan un desconocimiento a su obligación de dar cumplimiento a sus obligaciones laborales en los términos que le han sido informados por la compañía, un injustificado incumplimiento a la obligación de obrar con plena observancia de los principios éticos que le exige su labor, así como a su obligación de guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores, compañeros de trabajo, clientes de la empresa y público en general.

La decisión de dar por terminado su contrato de trabajo con justa causa, se toma con base en lo dispuesto en su contrato de trabajo y en el Reglamento Interno de HABITEL SAS, en particular lo estipulado en los numerales 2, 3, 5, 6, 9, 27, 31, 67, 69, 76 y 80 del artículo 43, los numerales 27, 36, 42, 46, 48, 53, 54, 63 y 78 del artículo 45 del mismo documento.

Por otra parte, esta decisión se toma con base en lo previsto en los numerales 1 y 4 del artículo 58 del CST, así como lo previsto en el numeral 6 del literal a) del artículo 7 del decreto 2351 de 1965.”

Conforme lo anterior, se tiene acreditado en primer lugar el hecho del despido, por lo que se traslada la carga de la prueba a la demandada, con el fin de acreditar la justa causa con la cual dio por terminado el contrato de trabajo.

Así las cosas, se aportó queja del 16 de diciembre de 2019, suscrita por el señor CARLOS FERNANDO PÉREZ GUTIÉRREZ, en la que informó a la Directora de

Gestión Humana de la demandada, que el día 12 anterior había recibido una queja de acoso sexual y laboral por parte de la señora **YOENIS CALDERÍN**, frente a una solicitud que le hicieran el aquí demandante, queja que también se dejó por escrito cómo se evidencia en la página 43 del archivo 15 del expediente digital, donde se agregó que se estaban presentando irregularidades con las guardas de seguridad del hotel, por las que se vio directamente afectada, dado que el actor como su jefe le proponía que salieran para tener una relación más allá del ámbito laboral, con el fin que mantuviera su puesto de trabajo e incluso en horario de trabajo la llamó en la oficina y cuando se presentó le comenzó a tocar sus manos y cara sin consentimiento además cuando se negaba acceder a lo que le proponía el demandante le comenzaban a efectuar llamados de atención injustificados.

Adicionalmente se aportaron pantallazos de conversaciones de la aplicación WhatsApp, en las que se evidencia una comunicación referente a temas extra laborales, entre Yoenis Calderín y el demandante, de las que se resalta que éste pedía a aquella que se ausentara de su puesto trabajo sin permiso o llegaría tarde, bajo la promesa que no le harías llamados de atención siempre y cuando accediera a su solicitudes, afirmaciones que fueron reiteradas en la versión libre que rindió para la demandada el día 18 de diciembre del año 2019.

Así mismo, se allegó versión libre rendida para la accionada por parte de la señora **KELLY JOHANNA ROMERO TERANO** del 18 de diciembre de 2019, donde indico:

"(...) Básicamente lo que tengo para contar es lo mismo que le dije don Carlos cuando me llamó a preguntarme, cuando estaba en el hotel HABITEL la relación con el señor ADELMO SALCEDO, era siempre de que el me hacía invitaciones y de mi persona esquivando sus propuestas, él me llamaba a invitarme a salir (...) me escribía en algún momento le comenté que quería pertenecer al grupo operaciones del hotel y me dijo que claro que él lo podía arreglar pero tenía que pagarle con favores, que después yo debía mirar cómo lo recompensaba, él no me llamaba por mi nombre, siempre era muñequita y cosas por el estilo, mi intención con esto no es perjudicar al señor Adelmo Salcedo, ni ningún beneficio, el señor Carlos me llamó a preguntarme algo puntual y yo solo quiero contar lo que estaba pasando, no soy solo yo a varias personas que han estado en el hotel HABITEL le ha pasado lo mismo, en el hotel HABITEL el personal femenino de andina es muy joven, cuando el señor a Adelmo se da cuenta de que uno no le va a prestar atención, entonces empieza a dar quejas de uno, a pasar novedades con la empresa, a pedir descargos por cosas que uno decía que no tenía sentido, porque todos lo hacían y solo lo mandaban a uno".

Por su parte, la señora **ANA MILENA ROMERO**, el 14 de enero del año 2020, refirió que "ya cuando ingresé a trabajar empezó a sobrepasarse, cuando él lo llama a uno a la oficina lo intenta coger a uno, abrazarlos darle un beso a uno y esas cosas, él lo invita a uno a salir a almorzar, pero eso va hasta donde uno se lo permita, por WhatsApp también pero no tengo esas conversaciones porque la

mayoría las tiene una de las muchachas que ya vino a declarar, porque en ese momento yo tenía mi esposo y no podía tener esas conversaciones en mi celular, pero yo se las mandaba a ella para que las guardara y viera lo que él me estaba diciendo, en las conversaciones de WhatsApp me hacía insinuaciones e invitaciones a salir y me decía que vamos a pasar rico, no me acuerdo bien porque fue hace tiempo, desde hace rato no me ha hecho más invitaciones, por ahí me decía que saliera con él a comer y yo siempre lo mantuve a raya diciendo que no podía, que tenía el niño solo y me tenía que ir, entonces él se ponía de mal genio pero ya después se le pasa y le vuelve a hablar a uno bien”.

Ahora, si bien la parte demandante afirma en su recurso de apelación que no se tiene certeza del destinatario o remitente de éstas conversaciones, lo cierto es que en su oportunidad procesal, no fueron tachadas de falsas, ni desconocidas por la parte actora, por lo que no es el momento para desconocer dicha prueba, máxime si se tiene en cuenta que los pantallazos aportados coinciden, no solo con las versiones libres que rindieron los trabajadores ante la demandada, sino en la prueba testimonial rendida ante el Juzgado de instancia, por lo que se despacha su argumentación.

En ese orden de ideas, dispone el numeral 26 del artículo 45 del Reglamento Interno de Trabajo:

“numeral 26. Mantener, promover, patrocinar o permitir relaciones suyas y o de los demás funcionarios del empleador, con funcionarios de la empresa, que sean distintas de las estrictamente profesionales que se desarrollan normalmente dentro de las actividades de la empresa.”

A su turno, el literal e) del artículo 48 literal E, ibídem, consagra como falta grave y justa causa para dar por terminado el centrado de trabajo

“E. Incurrir en las prohibiciones contenidas dentro del presente reglamento, lo cual se considerará falta grave en todos los casos aún por la primera vez”,

Lo anterior resulta relevante pues el actor en su interrogatorio de parte, aceptó que sostuvo una relación de tipo personal con una subordinada suya, esto es, con la señora Ana Milena Romero.

De igual manera, la testigo **YESICA JOHANA TORO JIMÉNEZ**, informó que el demandante tuvo dos procesos disciplinarios en el año 2014 y en el año 2018, por los que tuvo un llamado de atención y suspensión de su contrato de trabajo respectivamente y que además en el año 2020, se le inició otro proceso que terminó en el despido y que el actor nunca presentó queja, acerca del señor Carlos Pérez como jefe.

En ese orden de ideas, se encuentra acreditado que la relación de trabajo se terminó por denuncias de acoso sexual, que dieron lugar a una investigación por la que se recolectaron versiones libres, escritas y otras que solo fueron verbales, debido a que aún estaban trabajando para el hotel y las personas tuvieron temor de perder su empleo.

De acuerdo con lo precedente, la accionada demostró la configuración de las conductas endilgadas, como justa causa para dar por terminado el contrato con Salcedo Carrillo.

Ahora, presentó inconformidad el apelante que fue citado a diligencia de descargos el mismo día en que fue despedido. Sin embargo, vale la pena traer a colación el artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo que dispone: *"Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al empleado inculpado directamente y si este es sindicalizado deberá estar asistido por dos representantes de la organización sindical al que pertenezca"*.

Debe tenerse en cuenta que dicho precepto fue observado por la demandada al citarlo a diligencia de descargos, en donde lo escuchó, y que con base en el restante material probatorio encontró fundada la justa causa para dar por terminada la relación laboral, pues una situación diferente sería no haberlo escuchado en diligencia de descargos, por el contrario, fue escuchado, garantizándole el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción, razón por la cual, que haya sucedido el mismo día, no quiere decir que algo haya faltado en su procedo disciplinario, y que en caso tal, haya debido esperar la demandada de algunos días para poder tomar su decisión de dar por terminada la relación laboral con justa causa, razón por la cual, se despacha desfavorablemente los argumentos expuestos por el apoderado de la demandada.

En ese sentido, el despido se efectuó en cumplimiento de las disposiciones del mencionado reglamento interno de trabajo, previa investigación sobre las actuaciones del actor.

De acuerdo a lo anterior, al encontrarse acreditado los hechos esgrimidos en la carta de terminación, los cuales constituyen un incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones del demandante y que adicionalmente ya se encuentran calificados como faltas graves por las partes, se encuentra acreditada la justa causa endilgada al demandante, por parte de la demandada, razón por la cual se despacha desfavorablemente las súplicas del apelante.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia apelada, sin que se estudie los valores condenados, por no ser objeto expreso de apelación.

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 Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 15 de septiembre de 2022.

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 HERNANDEZ
Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada

Link expediente digital: [11001310503020210012601](https://www.cjts.gov.co/11001310503020210012601)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 034-2019-00448-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **EMMA CACERES MATAGIRA**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**

PORVENIR S.A.

ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, analiza el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de agosto de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada -COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.-, presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 29 de agosto de 2023 , por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes,

ANTECEDENTES

La señora **EMMA CACERES MATAGIRA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP 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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** que existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación N.° 00547002 a la AFP PORVENIR S.A., por medio del cual se realizó el traslado de régimen pensional, lo que ocurrió el 12 de junio de 1995.

2. **DECLARAR** la nulidad del acto, solicitud o formulario n.°00547002, a través del cual se vinculó a la AFP PORVENIR S.A.

3. **DECLARAR** que para efectos pensionales, nunca dejo de estar afiliada y vinculada a Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a PORVENIR S.A.**, a devolver a COLPENSIONES, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales.

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

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que la afiliación de la demandante al RAIS, fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre la implicaciones de su decisión, del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y de las condiciones pensionales individuales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento, o nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 14 de marzo de 2023, admitió el escrito de defensa presentado por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES (carpeta 13).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 14 de agosto de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por EMMA CACERES MATAGIRA, del 12 de junio de 1995, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante EMMA CACERES MATAGIRA como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, SIN LUGAR a descontar valores por concepto de administración.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la pasiva, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de EMMA CACERES MATAGIRA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. **QUINTO: CONDENAR EN COSTAS PROCESALES** a cargo de la demandada SOCIEDAD AFP PORVENIR S.A., líquidense por secretaría incluyendo la suma de 1SMLMV por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: Conceder el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.L.”

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses de la entidad demandada -COLPENSIONES-, 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 JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por EMMA CACERES MATAGIRA, el día 12 de junio de 1995; **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 afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 12 de junio de 1995 (fl 25 y 26 del archivo 3 del expediente digital)

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

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 tuvieren derecho a este.

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo. **AFP PORVENIR S.A:** Historial de vinculaciones, formulario de afiliación, memoriales suscritos por PORVENIR S.A., relación histórica de movimientos, certificado de vinculación al RAIS e historia válida para bono pensional.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 12 de junio 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 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 a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 12 de junio de 1995, la demandante tenía 80,29 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 3 carpeta 11 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, 27 años (nació el 22 de abril de 1967 fl 7 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir

cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024 (precisando que para el 13 de junio de 2019, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en el fls 10 del archivo 1 del expediente digital, la demandante había cotizado 1263 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 12 de junio 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 1º 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.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)"

En tal sentido, 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, por lo que esta Sala de decisión considera pertinente realizar la aclaración, que la condena impartida en contra de **PORVENIR S.A.**, también involucra 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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora EMMA CACERES MATAGIRA, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 12 de junio de 1995, pero con la aclaración que la administradora de carácter privado, devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados.

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 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: ACLARAR la sentencia proferida el 14 de agosto de 2023, por el Juzgado 34º Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que la AFP PORVENIR S.A., devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes efectuados por la accionante en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, según se expuso.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta.

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
PONENTE


LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ


CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 035-2021-00337-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: JERLY CARRILLO MARTINEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante como demandada -PORVENIR S.A. y COLPENSIONES-, 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

La señora **JERLY CARRILLO MARTINEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, la **AFP PROTECCIÓN** y la **AFP 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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación que efectuó al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de **PROTECCION S.A.** y **PORVENIR S.A.**

PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS.

1. **DECLARAR** la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual, por intermedio de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar todo el saldo contenido en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones.

2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a aceptar y recibir todos los dineros provenientes del RAIS.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (carpeta 21).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento; como tampoco se acredita nota de protesto o anotación alguna de inconformidad por parte de la asegurada. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras (folio 13).

Mientras que **PROTECCIÓN S.A.** adujo en sus argumentos de defensa que el acto de afiliación al RAIS fue válido, exento de vicios en el consentimiento y cualquier fuerza, como quiera que se efectuó de forma libre y espontánea. Así mismo indicó que, dicha actuación tiene la naturaleza de un verdadero contrato, que generó derechos y obligaciones tanto para el fondo como para la afiliada. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 23 de noviembre de 2022, admitió los argumentos de defensa presentados por COLPENSIONES y por proveído del 7

de marzo de 2023, se tuvo por contestado el escrito inicial por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (carpeta 26 y 29).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 24 de marzo de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante JERLY CARRILLO MARTÍNEZ.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante JERLY CARRILLO MARTÍNEZ. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000 para cada una de las demandadas, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas.

TERCERO: 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 demandante, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que:

“La señora juez ha negado las pretensiones de la demanda, con fundamento en la sentencia STL 5599 de 2021, pero esta sentencia no hace línea jurisprudencial con relación al proceso que hemos iniciado, en virtud de los argumentos de no haberse encontrado mi representada afiliada al sistema general de pensiones administrado por Colpensiones, no es posible establecer que no existe una nulidad de la afiliación, porque el acto de nulidad significa dejar sin eficacia, dejar sin efecto, la decisión de haberse afiliado al Régimen de Ahorro Individual en virtud de la falta de cumplimiento de las obligaciones de las administradoras de riesgos profesionales, perdón de las administradoras de fondo de pensiones aquí demandadas, de tal suerte que la nulidad no se da por los actos realizados por la

demandante, sino por el no cumplimiento de las obligaciones de las administradoras, y consecuencia de haberse demostrado aquí que esas administradoras, no cumplieron con las obligaciones legales de toda la línea jurisprudencial establecida desde el año 2008 hasta el momento señora juez, es necesario que, el tribunal corrija el error por usted cometido con relación al análisis, porque declarar la nulidad de la afiliación, implica necesariamente proteger el derecho fundamental de la seguridad social en el régimen pensional de la demandante y no es dejarla desprotegida, es que si no se le dio la información necesaria del régimen que a ella le convenía, se debe afiliar a Colpensiones, que es el régimen de Prima Media con Prestación Definida, y así lo han establecido las sentencias en línea jurisprudencial desde el 2008, SL 31989, SL 31314, SL3383 de 2011, y vamos en este momento en la tutela 3186 de 2018 de 2020, que es una tutela que unifica decisiones, judiciales como las que usted ha emitido señora juez en donde se ordena la afiliación a Colpensiones porque no hay ninguna disminución, ningún detrimento patrimonial para esta actividad, en la medida que la decisión judicial que solicito al tribunal que tome, es ordenar el envío de todas las cotizaciones, mas los rendimientos, mas los descuentos de administración, de tal suerte que no se vería afectado el sistema pensional administrado por Colpensiones, porque va a recibir todo el dinero que debió recibir desde el momento de la afiliación de la demandante a este sistema. Así las cosas, se ha generado con este proceso la prueba de la nulidad de la afiliación y como consecuencia de ello debe ordenarse a Colpensiones recibir a la señor Jerly como afiliada a este sistema y reconocer posteriormente en caso de tener derecho a la pensión, no se trata de un problema económico, se trata del reconocimiento de un derecho fundamental que tiene los afiliados, al sistema de pensiones para recibir la información y quienes obtienen, un producto del régimen financiero, por que el incumplimiento de las normas de estas dos demandadas, es que no cumplieron con sus obligaciones legales y reglamentarias, de dar la suficiente información a los afiliados al sistema de pensiones para entender como funcionaba los dos sistemas, y nótese para los magistrados del tribunal las incongruencias

establecidas en las contestaciones de la demanda, donde estas asegurados ni siquiera tienen la información como se dio de la afiliación.”

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA S.A., antes PROTECCIÓN S.A. efectuado por JERLY CARRILLO MARTINEZ, el día 24 de septiembre de 1996 y consecuentemente aquella vinculación efectuada a COLPATRIA-HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 06 de marzo de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante se afilió por primera vez al Sistema General en pensiones el 24 de septiembre de 1996, por intermedio del Régimen de Ahorro Individual, administrado en su momento por Colmena S.A. hoy Protección S.A., que con posterioridad se vinculó a Colpatria, ING, estando actualmente afiliada a PROTECCIÓN S.A.

Hora de la consulta : 8:17:25 AM
 Afiliado: CC 63391895 JERLY CARRILLO MARTINEZ [Ver detalle](#)

[Afiliado presenta vinculaciones eliminadas](#) [Afiliado presenta vinculaciones inválidas](#)

Vinculaciones para : CC 63391895

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1996-09-24	2010/04/09	COLMENA			1996-09-25	2000-04-30
Traslado de AFP	2000-03-06	2010/04/09	COLPATRIA	COLMENA	COLMENA	2000-05-01	2000-09-28
Cesión por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2001-08-31
Traslado de AFP	2001-07-23	2010/04/09	ING	HORIZONTE		2001-09-01	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION ING			2012-12-31	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 63391895

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-09-24	1996-11-05	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-03-06	2000-04-12	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	ING
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE
2001-07-23	2001-08-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	HORIZONTE

5 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

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 las afiliaciones o los traslados de régimen pensional.

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

sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

Sobre este asunto en particular, cuando se trata de ciudadanos que se afilian por primera vez al régimen de seguridad social en pensiones al RAIS, la línea jurisprudencial vigente de la Sala de Casación laboral, es perfectamente

aplicable para el caso del deber de brindar información al momento de la afiliación, al igual que la carga de la prueba de los fondos privados para este momento inicial de la afiliación al sistema, pues al no evidenciarse que al usuario de dichos fondos se le brindó una información suficiente y veraz, sobre las implicaciones y expectativas tanto en el RAIS como en el RPM, esa afiliación en términos del artículo 271 de la ley 100/93, quedara sin efectos, o será ineficaz; aunque la Sala de Descongestión Laboral de la Corte, se ha pronunciado aseverando que en estos casos es imposible declarar la ineficacia al no haber estado afiliado con anterioridad al RPM, dicho pronunciamiento no puede aplicarse como doctrina probable, pues no ha sido reiterado por la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema; por tanto es doctrina suficientemente aplicable la plasmada en Sentencia SL1688 de 2019, en la cual se expuso con claridad meridiana lo siguiente:

“1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación

1.1 Primera etapa: Fundación de las AFP. Deber de suministrar información necesaria y transparente

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien, para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).*

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro.

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los

detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

En el caso presente, los fondos demandados, a través de la contestación de la demanda aportaron, **COLPENSIONES:** Expediente administrativo e historia laboral, evidenciándose de este documento que no se reportan semanas de cotización (carpeta 14 y 17); **AFP PROTECCION SA,** allegó: formulario de vinculación, historia laboral, reporte estado de cuenta, historia laboral, comunicados de prensas. políticas para asesorar y vincular personas naturales y concepto emitido por la superintendencia financiera (carpeta 11). Mientras **PORVENIR S.A.,** incorporó: formulario de vinculación, certificado del estado de la cuenta, historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, respuestas dadas a los requerimientos presentados por la accionante, guía de autoservicios para los clientes, historial de vinculaciones, comunicados de prensa y certificado de existencia y representación legal.

De los descritos, se determina que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que evidencie la suficiente información brindada el día 24 de septiembre de 1996, fecha de la afiliación o ingreso al régimen de seguridad social en pensión, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Por otra parte, la demandante en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 23 de diciembre de 1965 f-28 demanda-expediente digital), y al cotizar en el RPM, podría pensionarse una vez reuniera la densidad de semanas exigidas y la edad (precisando que para el 2 de

noviembre de 2021, fecha de expedición de la historia laboral por AFP PROTECCION SA. (F.67), la demandante había cotizado más de 1276.43 semanas, en cambio en el RAIS, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, para tener una pensión igual a la del RPM, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior a la primera vinculación al régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 24 de septiembre de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de afiliarse al RAIS; y la misma que AFP PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Las manifestaciones de las demandadas no pueden ser consideradas como indicativas que la demandada Colmena hoy Protección, actuó conforme al deber de información, pues no allego prueba alguna, que permitiera a esta Sala inferir que a la demandante se le pusieron de presente las ventajas y desventajas que representaban el afiliarse inicialmente el RAIS, y las posibles ventajas que le representaría el afiliarse al RPM.

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

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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 demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

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

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

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

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

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

Así las cosas de lo expuesto, está claramente establecido que el deber de información está regulado, tanto para la afiliación inicial, como para el cambio de régimen. Y esto es así, pues no sería comprensible que una persona que viene afiliada al RPM desde años antes, no está obligada a saber qué tipo de ventajas

tendría de continuar en dicho régimen, y una persona que se afilie por primera vez, si deba afrontar el hecho que, por no venir afiliada al RPM, tenga necesariamente que soportar que, en su vinculación, el fondo privado no esté obligado a brindar la información suficiente para esa vinculación al régimen pensional, lo cual haría contradictoria la línea jurisprudencial vigente desde el año 2008.

Ahora, es claro, que al declararse la ineficacia de la afiliación, como lo ha dicho la reiterada jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubiese estado afiliado al fondo privado, y en este sentido podrá el afiliado escoger libremente el fondo, que en este caso no es otro que Colpensiones, pues solo existen dos regímenes pensionales, como lo manifestó en las reclamaciones previas a iniciar el proceso judicial, y esos dineros deben ser entregados a Colpensiones, pues a pesar de no haber tenido como afiliada a la accionante durante ese lapso, debe responder por los riesgos de invalidez vejez y muerte al declararse la ineficacia de la afiliación. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar **DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACION** que realizó la señora **JERLY CARRILLO MARTINEZ**, al RAIS por intermedio de la **AFP PROTECCION S.A.**, el 24 de septiembre de 1996 , en consecuencia **PROTECCIÓN** devolverá a Colpensiones la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en relación a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá tanto **PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A** a COLPENSIONES debidamente indexados, atendiendo para ello el tiempo que estuvo vinculada a cada AFP.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, las de la primera se revocan y se imponen a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. y a favor de la 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: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de marzo de 2023, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN** que realizó la señora **JERLY CARRILLO MARTINEZ**, al RAIS por intermedio de la **AFP PROTECCION S.A.**, el 24 de septiembre de 1996, en consecuencia se autoriza a la demandante vincularse al Régimen de Prima Media Administrado Por Colpensiones, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR A PROTECCIÓN S.A., a remitir a Colpensiones la totalidad de los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante JERLY CARRILLO MARTINEZ, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los retornara tanto PORVENIR S.A. como PROTECCIÓN S.A., a COLPENSIONES debidamente indexados, teniendo en cuenta para ello el tiempo en que la actora, estuvo vinculado a cada compañía.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, las de la primera se revocan y se imponen a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. A favor de la demandante.

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

Los magistrados,



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Ponente

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503520210033701](#)



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2020-00229-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de Dos mil Veintitrés (2023)

DEMANDANTE: LAURENTINO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADOS: COLPENSIONES
ASUNTO : APELACION Y CONSULTA PARTE DEMANDADA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 26 de abril de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada GINETH PAOLA BERRUECO SIMANCA, con tarjeta profesional No. 285.357 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado.

La parte demandante, presentó alegaciones atendiendo lo ordenado en auto del 05 de junio de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **LAURENTINO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (folios 11-18 carpeta 1):

DECLARACIONES:

1. DECLARAR que tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado desde la fecha de estructuración de la invalidez y hasta la data efectiva de inclusión en nómina de pensionados.

CODNENATORIAS.

1. **CONDENAR a COLPENSIONES** a reconocer y pagar el retroactivo de la pensión de invalidez, causado desde la fecha de estructuración y la calenda efectiva de inclusión en nómina de pensionados.

2. **CONDENAR** a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios, previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

5. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación al escrito de demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado no cumplió con las formalidades o solemnidades exigidas por la entidad de seguridad social, esto es, allegar las certificaciones por incapacidad en original y expedidas por la EPS. Por otra parte manifestó que el demandante no radicó los recursos de reposición y apelación contra la Resolución SUB 116305 de 2020, por lo que el mencionado acto administrativo ya se encuentra ejecutoriado. Propuso las excepciones de incumplimiento de las solemnidades administrativas, improcedencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, entre otras. (cuaderno 09).

Mediante auto de fecha 24 de enero de 2022, el Juzgado de origen admitió el escrito de contestación, presentado por la entidad llamada a juicio. Igualmente, declaró que la señora **SOFIA RODRÍGUEZ DE RODRÍGUEZ**, era la sucesora procesal del señor **LAURENTINO RODRIGUEZ**, con ocasión al fallecimiento de este último (cuaderno 13)

Por proveído del 25 de octubre el Juzgado, declaró que ante el fallecimiento de la señora **SOFIA RODRIGUEZ DE RODRIGUEZ**, se debía declarar la sucesión procesal con los hermanos e hijos, esto es, **ALEJANDRINA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, **PEDRO JULIO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, **MARÍA DEL CARMEN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, **SALVADOR RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** y **MARÍA LUCÍA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, el 26 de abril de 2023, profirió sentencia en el siguiente sentido:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor del señor LAURENTINO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) por retroactivo pensional, causado entre el 13 de febrero de 2019 al 13 de mayo de 2020, la suma de \$13.912.349,00, suma que pasa a ser parte de su masa sucesoral.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES, a cancelar a favor de la masa sucesoral del señor LAURENTINO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ (q.e.p.d.) los intereses moratorios desde el 29 de septiembre de 2020 hasta el momento en que se efectuó el pago de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones, en costas, inclúyase como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

QUINTO: Remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Bogotá la presente decisión a efectos de que se surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de Colpensiones, según las reglas del artículo 69 CPTSS.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada presentó recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, indicando: “solicitando a los Honorables Magistrados tener presente que mi poderdante en el ejercicio de sus funciones siempre cumple con lo establecido en la ley para cada caso en particular bajo los parámetros fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política, por lo cual todas y cada una de las resoluciones se circunscribe el principio de la buena fe, excepto de culpa y el principio de legalidad. dentro del presente asunto, Colpensiones cumplió con su deber de manifestar al demandante las falencias administrativas de la reclamación efectuada con el fin de reconocerle la prestación deprecada desde la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, sin embargo, si bien es sabido que el demandante jamás acato los requerimientos administrativos, de la entidad con su defecto de agotar los recursos de ley, cuales son la reposición y apelación de la resolución de reconocimiento pensional por lo cual se concluye que el mismo se encontraba de acuerdo con la decisión adoptada por Colpensiones, en lo que concierne al reconocimiento y pago de los intereses por mora previstos en el artículo 141 de 1990 , debe precisarse que los mismos no proceden ya que así lo ha sostenido de manera uniforme la Corte Suprema de Justicia, mediante diversos pronunciamientos judiciales, la alta corte se fundamenta en que dicha sanción únicamente es aplicable por la demora

injustificada en el pago de la pensión, ya sea por invalidez pensión o muerte por lo cual se tiene que Colpensiones no se abstuvo de realizar el reconocimiento pensional, así las cosas de manera respetuosa le solicito a los honorables magistrados revocar la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar se absuelva a mi representada”

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 13 de febrero de 2019, fecha en que se estructuró la invalidez.

ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL AL DEMANDANTE:

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Adicionalmente, el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, establece que la pensión de invalidez se comenzará a pagar, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca el estado de invalidez. De igual manera, el artículo 10 del Decreto 758 de 1990, determinó:

“La pensión de invalidez por riesgo común, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse en forma periódica y mensual desde la fecha en que se estructure tal estado. Cuando el beneficiario estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, el pago de la pensión de invalidez comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.”

Luego entonces es claro de lo anterior que, mientras el asegurado se encuentre recibiendo el subsidio por incapacidad temporal no puede percibir prestaciones derivadas de la invalidez, como son las mesadas pensionales, momento a partir del cual ya no procede el pago de las incapacidades, porque la acción protectora es asumida por otra acreencia, dada la nueva circunstancia que la causa – la

invalidez-, siendo la razón por la cual el sistema de salud no contempla prestaciones económicas para los pensionados.

Así las cosas, realizadas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, se encuentra debidamente probado que el 29 de julio de 2019, COLPENSIONES emitió dictamen estableciendo que el señor LAURENTINO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, tenía una pérdida de la capacidad laboral del 54.94% con fecha de estructuración el 13 de febrero de 2019 (expediente administrativo). Así mismo, está debidamente acreditado del certificado de incapacidad médica expedido por NUEVA EPS que, el demandante entre el 16 de junio de 2014 y el 31 de julio de 2014, gozó de incapacidades. De igual manera la entidad mencionada preciso que entre los años 2018, 2019 y 2020, el asegurado no tuvo incapacidades (carpeta 23). De igual manera se probó que por Acto Administrativo SUB 116305 del 29 de mayo de 2020, COLPENSIONES, reconoció y pago pensión por invalidez, a partir del 1 de junio de 2020, en cuantía de \$877.803 (expediente administrativo).

En este orden de ideas, entiende esta Sala que la controversia se centra en determinar si el actor gozó de alguna incapacidad con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, que impidiera el disfrute de la acreencia desde que esta circunstancia ocurrió.

A efectos de resolver el cuestionamiento planteado, cabe indicar que la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 1562 de 2019, inicialmente adujo que el retroactivo generado con ocasión a la pensión de invalidez, cobijaba periodos que también hubiesen sido cubiertos por subsidios por incapacidades temporales, conllevando ello únicamente a descontar la suma percibida por incapacidad: *“De cara a lo establecido en el citado precepto, estima la Sala que el juez de apelaciones tampoco lo desconoció ni le dio un entendimiento erróneo, pues, por el contrario, al descontar del pago del retroactivo pensional los periodos de subsidios por incapacidad temporal, procuró armonizar lo establecido en el decreto enunciado con las restantes disposiciones de la Ley 100 de la 1993, que ordenan el reconocimiento de la prestación desde el momento de estructuración de la invalidez y salvaguardar el propósito indiscutible de auxilio.*

Sin embargo, nuestro alto Tribunal, cambio su postura con la sentencia SL 5170 de 2021 *-reiterada en la providencia 3013 de 2022-*, en el entendido que las mesadas se comienzan a pagar, de forma retroactiva, desde la data de la estructuración, pero siempre que con posterioridad a ella no se hubieren reconocido subsidios por incapacidad, continuos o discontinuos, evento en el cual se cancelará, solo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad: *“Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala*

considera necesario precisar su doctrina, en el sentido de señalar que cuando existen subsidios por incapacidad temporal, continuos o discontinuos, con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, las mesadas pensionales se comenzarán a pagar sólo a partir del momento en que expire el derecho a la última incapacidad, postura con la cual queda rectificadas y delineadas su posición con relación a criterios anteriores que le hubieren sido contrarios (SL1562-2019).

En consecuencia, atendiendo el criterio de la Sala de Casación Laboral, se considera que como quiera que las únicas incapacidades de las que gozó el actor, lo fue para junio y julio de 2014, calenda para la cual aún no se había emitido siquiera la calificación de pérdida de la capacidad, como tampoco la estructuración de la misma, es claro para esta Sala que, el reconocimiento de la pensión se debe realizar desde el 13 de febrero de 2019, esto es, desde que se estructuró el estado de invalidez.

Por lo tanto realizadas las operaciones aritméticas, se obtuvo un total de \$13.912.349, por retroactivo generado desde el periodo señalado en líneas anteriores, precisando que la excepción de prescripción no afectó ninguna mesada, ya que el reconocimiento de la pensión, se efectuó a través de la Resolución SUB 116305 del 29 de mayo de 2020, acto administrativo que quedo ejecutoriado el 25 de agosto de 2020 (expediente administrativo). Entre tanto, el reclamo del retroactivo fue petitionado el 14 de julio de 2020, mientras la acción ordinaria radicada el 16 de julio de 2020 y notificada el 21 de enero de 2021 (cuaderno 7), no transcurriendo el término trienal previsto en el artículo 151 del C.P.T y S.S., entre una y otra actuación.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para CONFIRMAR en este aspecto la sentencia de primera instancia.

INTERESES MORATORIOS.

Los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden cuando existe retardo en el pago de las mesadas pensionales, como quiera que las entidades de seguridad social se encuentran obligadas al reconocimiento y pago oportuno de las pensiones, tal como lo dispone el artículo 53 de la Constitución Política.

En esa medida, los mismos están contemplados para reparar los efectos ocasionados por el pago tardío de la pensión a la que hubiere lugar y no como una sanción al deudor, por lo que su naturaleza es netamente resarcitoria y no sancionatoria, por lo tanto su imposición no está sometida a estudiar la conducta

de la administradora de pensiones o si su actuar estuvo revestido de buena fe, incluso es ajeno a «las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas», pues solo basta con que se verifique una tardanza en el pago de las respectivas mesadas pensionales - CSJ SL10728-2016, CSJ SL662-2018, CSJ SL1440-2018 y CSJ SL3130 de 2020:

“permanece vigente la jurisprudencia de la Corte en torno al carácter meramente resarcitorio de los intereses, mas no sancionatorio, de manera que no es necesario realizar algún examen de la conducta de la entidad obligada tendiente a descubrir algún apego a los postulados de la buena fe.”

Por otra parte, se debe indicar que inicialmente los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no procedían sobre el retroactivo generado producto de una reliquidación; no obstante la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 3130 de 2020, estableció que dicho rubro se causaba tanto en los casos de omisión en el pago de la prestación, como en los casos de pago incompleto, pues en los dos eventos se produce un detrimento para el pensionado, que merece una compensación efectiva:

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral –SL 5013 de 2020-ha previsto una serie de eventos en los que se exceptúa el pago de los mismos, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso. Entre ellos, por ejemplo, se encuentran cuando: i) se actúa en acatamiento de la disposición legal aplicable, sin poder prever futuros análisis o cambio de criterio jurisprudencial; ii) existe conflictos entre posibles beneficiarios o titulares de la prestación, que deben ser atendidos por la jurisdicción ordinaria, iii) se trata de pensiones convencionales iv) por virtud del principio de la condición beneficiosa: *“Teniendo en cuenta el precedente anterior, en el caso bajo examen no era viable condenar a la accionada al pago de los intereses moratorios consagrados en el precitado art. 141 de la Ley 100/93, en atención a que la pensión de sobrevivientes se reconoció con sujeción al principio de la condición más beneficiosa, y además, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en sede administrativa, para negar el derecho pretendido, se sometió a la norma vigente para la fecha del deceso del afiliado, señor Edilberto Forero Pérez (q.e.p.d). En tal sentido, actuó bajo el amparo de una disposición en pleno vigor.”*

Hechas las anteriores precisiones y al descender al asunto de marras, se evidencia que no se configura ninguna de las causales enunciadas en líneas anteriores para la exoneración de los intereses moratorios, ya que es sabido que por disposición legal el reconocimiento de la prestación por el riesgo de invalidez,

se efectúa desde el momento en que estructura esa pérdida de capacidad laboral, existiendo unas excepciones como es el caso de la incapacidades, empero esta circunstancia no se configuró y así se lo hizo ver el demandante en la petición que presentó el 14 de julio de 2020

En ese orden, no existen argumentos para revocar esta condena, por lo que no erró el juez en conceder también esta súplica.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ en su SALA TERCERA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de abril de 2023, por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá, según se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Los magistrados,



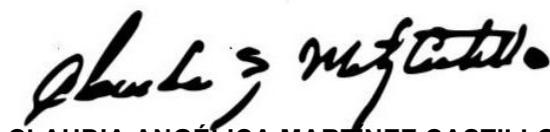
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNANDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503620200022901](https://www.cjec.gov.co/ordinario/11001310503620200022901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 36-2013-00859-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ROSARIO TORRES BERRIO
DEMANDADO: INVERSIONES EL HAYUELO LTDA
CLAUDIA DEL CARMEN UMAÑA SANTAMARIA
SANTIAGO QUINTANA UMAÑA
RAFAEL QUINTANA UMAÑA
PEDRO QUINTANA UMAÑA
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Ninguna de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 12 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ROSARIO TORRES BERRIO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **INVERSIONES EL HAYUELO LTDA, CLAUDIA DEL CARMEN UMAÑAN SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL QUINTANA UMAÑA, PEDRO QUINTANA UMAÑA**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Se condene solidariamente al pago del señor GABRIEL QUINTANA y a la empresa INVERSIONES EL HAYUELO LTDA por sustitución patronal.
2. Se condene solidariamente el pago de los aportes a los socios de la empresa el INVERSIONES EL HAYUELO LTDA, GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA.
3. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1993, con la correspondiente indexación, por valor de \$220.570.
4. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1994, con la correspondiente indexación, por valor de \$224.400.
5. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1995, con la correspondiente indexación, por valor de \$227.208.
6. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1996, con la correspondiente indexación, por valor de \$265.500.
7. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA,

SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1997, con la correspondiente indexación, por valor de \$264.060.

8. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1998, con la correspondiente indexación, por valor de \$465.912.
9. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 1999, con la correspondiente indexación, por valor de \$540.720.
10. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2000, con la correspondiente indexación, por valor de \$601.200.
11. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2001, con la correspondiente indexación, por valor de \$912.000.
12. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de

percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2002, con la correspondiente indexación, por valor de \$1.128.000.

- 13.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2003, con la correspondiente indexación, por valor de \$1.327.200.
- 14.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2004, con la correspondiente indexación, por valor de \$1.431.600.
- 15.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2005, con la correspondiente indexación, por valor de \$1.525.200.
- 16.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2006, con la correspondiente indexación, por valor de \$1.752.000.
- 17.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual

vigente para el año 2007, con la correspondiente indexación, por valor de \$2.048.400.

- 18.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2008, con la correspondiente indexación, por valor de \$2.161.080.
- 19.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2009, con la correspondiente indexación, por valor de \$1.902.072.
- 20.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2010, con la correspondiente indexación, por valor de \$2.411.736.
- 21.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2011, con la correspondiente indexación, por valor de \$2.508.000.
- 22.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de percibir por la demandante, respecto del salario mínimo legal mensual vigente para el año 2012, con la correspondiente indexación, por valor de \$2.433.200.

- 23.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de las diferencias salariales dejadas de cancelar en los aportes de seguridad social en cesantías respecto del salario mínimo mensual vigente desde el 23 de junio de 2023 hasta el 30 de noviembre de 2012, con la correspondiente indexación, por valor de \$3.163.034.
- 24.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la liquidación de las prestaciones sociales del periodo comprendido entre el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012 dejadas de cancelar por concepto de vacaciones, respecto del salario mínimo mensual vigente, con la correspondiente indexación, por valor de \$3.130.797.
- 25.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido entre el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012 dejadas de cancelar por concepto de primas de servicio, respecto del salario mínimo mensual vigente, con la correspondiente indexación, por valor de \$6.395.550.
- 26.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la liquidación de prestaciones sociales del periodo comprendido entre el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012 dejadas de cancelar por concepto de intereses a las cesantías, respecto del salario mínimo mensual vigente, con la correspondiente indexación, por valor de \$763.390.
- 27.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la dotación equivalente a zapatos y muda

de vestido para laborar comprendido entre el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012, con la correspondiente indexación.

- 28.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la indemnización por terminación sin justa causa del contrato verbal del periodo comprendido entre el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012 con la correspondiente indexación, por la suma de \$7.650.450.
- 29.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de los aportes a seguridad social en pensiones para los periodos comprendidos entre el 23 de junio a 31 de diciembre de 1993, 1 de enero a 16 de marzo de 1994, 1 de agosto a 30 de noviembre de 2012, 1 al 30 de noviembre de 2001.
- 30.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la indemnización por falta de pago contemplada en el artículo 65 del CST, a razón de una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses y los respectivos intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando se verifique el pago.
- 31.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la sanción por elusión y evasión al sistema de seguridad social.
- 32.** Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de la sanción moratoria por el no pago de las correspondientes prestaciones sociales en cesantías respecto del salario mínimo mensual vigente desde el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de

noviembre de 2012, con la correspondiente indexación, por valor de \$271.520.640.

33. Se condene al señor GABRIEL MARIA QUINTANA MALLARINO, a la empresa EL HAYUELO LTDA, y a sus socios señores GABRIEL QUINTANA MALLARINO, CLAUDIA UMAÑANA SANTAMARIA, SANTIAGO QUINTANA UMAÑA, RAFAEL UMAÑA QUINTERO y PEDRO QUINTANA UMAÑA al pago de los dominicales y festivos respecto del salario mínimo mensual vigente desde el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012, con la correspondiente indexación, por valor de \$11.022.274.

34. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La parte demandada, dio contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia del expediente digital, conforme auto que data del 22 de mayo de 2017.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 10 de agosto de 2022:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora **ROSARIO TORRES BERRÍO** y el señor **GABRIEL MARÍA QUINTANA MALLARINO**, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, desde el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre del 2012.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de cosa juzgada, únicamente respecto del trabajo suplementario por concepto de recargos de ley, horas extras, dominicales, festivos y compensatorios, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR al señor **GABRIEL MARÍA QUINTANA MALLARINO**, al pago de la sanción por no consignación de las cesantías en cuantía de \$3.510.360 pesos, los cuales deberán ser debidamente indexados a la fecha de su pago.

CUARTO: CONDENAR al señor **GABRIEL QUINTANA MALLARINO**, a cancelar a la administradora de pensiones, en la cual se encuentra afiliada la demandante el valor del cálculo actuarial, por los aportes a seguridad social en pensiones que se echan de menos de la señora **ROSARIO TORRES BERRÍO** y en los cuales se evidencia que no estuvo afiliada el sistema de seguridad social en pensiones, esto es por los periodos del 23 de junio de 1993 al 31 de diciembre de 1993, del 1 de enero de 1994 al 16 de marzo de 1994, del 1 de noviembre de 2012 al 30 de noviembre de 2001 y del 1 de agosto de 2012 al 30 de noviembre de 2012, teniéndose en cuenta como ingreso base cotizaciones el salario mínimo legal

mensual vigente a las fechas en las cuales no se efectuaron los aportes, acorde a lo indicado en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO: CONDENASE en costas al señor **GABRIEL QUINTANA MALLARINO**, *liquídese como agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.”*

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- 1. CONCILIACIÓN:** Señala que el acta de conciliación allegada por los demandados carece de los requisitos legales de que trata el Art. 1 de la Ley 640 de 2001, precisando que la demandante nunca asistió a dicha diligencia de conciliación, aunado al hecho que si bien allegaron una consignación de un cheque que entró en canje por valor de \$10.000.000, aduciendo que ése sería el valor a cancelar a la actora, según el acta fraudulenta de conciliación, lo cierto es que ese cheque nunca hizo canje, por lo tanto, la demandante nunca tuvo acceso a ese dinero, nunca lo recibió, por lo que no se puede concluir que se concilió.

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 parcialmente probada la excepción de cosa juzgada, teniendo en cuenta la conciliación suscrita entre las partes el 4 de diciembre de 2012, y si se acreditó efectivamente el pago a favor de la demandante por valor de \$10.000.000.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Observa la Sala que no fue objeto de discusión, así como tampoco de inconformidad por ninguna de las partes, la existencia de la relación laboral entre las partes, mediante la suscripción de un contrato verbal a termino indefinido vigente desde el 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012.

COSA JUZGADA TRABAJOS SUPLEMENTARIO:

Se conoce, ciertamente, que desde el Código Procesal del Trabajo de 1948, se previó la figura de la conciliación en materia laboral para lo cual el legislador dedicó todo el capítulo IV, lo que denota la importancia que se le dio a esta institución jurídica.

Nótese, de otra parte, que el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, incorporado en el artículo 1 del Decreto 1818 de 1998, define la conciliación como un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan **por sí mismos** sus diferencias con ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado **conciliador**. A su vez, el canon 66 *ibidem* señala que el acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo.

Por su parte, el precepto 3 de la Ley 640 de 2001, consagra que la conciliación puede ser judicial, si se realiza dentro de un proceso o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de aquél.

Concerniente a la conciliación, como forma *anormal* de terminación de los procesos o como modo amigable de evitar futuros pleitos, la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4624 del 6 de julio 1992, la extinta Sección Segunda, siguiendo las orientaciones de la Sala Plena de la Corporación, que en ese entonces actuaba como guardiana de la Constitución de 1886, sentó la regla de que el efecto de cosa juzgada que los artículos 20 y 78 del otrora Código Procesal del Trabajo le atribuían a la conciliación producida en juicio o fuera de él, solo era válido «*si además de cumplirse a cabalidad con los requisitos externos de validez del acto se configura un real acuerdo conciliatorio que no vulnera para nada la ley*». Para esta conclusión, la Sección Segunda, acogió la tesis de que la conciliación es un desarrollo de la autonomía de la voluntad, y desechó la otra en boga, según la cual la conciliación es un acto procesal que, como tal, impedía su enervación en proceso posterior.

En ese orden de ideas, el máximo órgano de cierre reiteró que la conciliación «*trata esencialmente de un acuerdo de voluntades sometido a una solemnidad ad substantiam actus; y por ser un acto o declaración de voluntad, queda [...] sujeta*

para su validez y eficacia a que se cumplan los requisitos que de manera general exige el artículo 1502 del Código Civil». (SL4066 de 2021).

Así mismo, precisó en la sentencia mencionada, respecto de la transacción, y tras recalcar las diferencias sustanciales y procesales que tenía con la conciliación, *«que si bien la transacción al igual que la conciliación producen el efecto de cosa juzgada en última instancia, siempre podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión cuando mediante cualquiera de tales actos o declaraciones de voluntad se transgrede la ley».*

Luego, la H. Corte Suprema de Justicia, en providencia SL 6283 del 4 de mar. 1994, fue enfática en advertir que *«cuando la conciliación es llevada a cabo ante funcionario competente, juez laboral o inspector del trabajo, produce por virtud de los artículos 20 y 78 del C.P. de T., el **efecto de cosa juzgada**. Lo anterior conlleva a que la conciliación no pueda, en principio, ser modificada por decisión alguna. Por tanto, la conciliación como las sentencias, no sólo son obligatorias, sino que por virtud de ese efecto, son definitivas e inmutables»*.

Al efecto, cabe memorar que la Sala de Casación Laboral, en torno al efecto de la conciliación en el campo laboral, mediante sentencia SL18096-2016, reiterada en las providencias SL11339-2017, SL8301-2017 y CSJ SL8564-2017, explicó:

“En un acuerdo conciliatorio, bien presentado ante un juez o ante un funcionario administrativo o delegado por ley para esas funciones, para que le imparta su aprobación en relación con el cuidado que debe tenerse respecto a que no se violentaron derechos ciertos e indiscutibles, pueden tocarse temas del derecho laboral ordinario donde se acuerden puntos específicos de orden legal, convencional o voluntariamente concedidos por el empleador o relacionados con la Seguridad Social. Pero, de todas formas, que hacen tránsito a cosa juzgada.

Son las partes, y solo ellas, las que llegan al acuerdo, el funcionario le imprime su aprobación formal y en adelante el documento que lo contiene, goza de la presunción de validez. La aprobación del funcionario se supedita a verificar que lo consignado fue lo que realmente se acordó y si no se violan derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, de manera que si considera que no se presenta la dicha violación, debe aprobar el pacto y hacer las advertencias sobre los efectos de cosa juzgada que desde ese momento lo amparan.

Cuando se dice que el acta de conciliación hace tránsito a COSA JUZGADA, se está asegurando que no podrá adelantarse contra ella acción judicial posterior con el fin de revivir los asuntos conciliados. De hacerse, el juez deberá declarar probada, aún de oficio, la excepción de cosa juzgada. Esto debido a que el acta de conciliación tiene la misma fuerza obligante de una sentencia.

Sin embargo, puede ordenarse judicialmente la nulidad de un acta de conciliación cuando se afecte cualquiera de los elementos de un contrato, es decir, cuando se actúa sin capacidad o voluntad o cuando la referida actuación verse sobre un objeto o causa ilícita, salvo cuando se trate de la revisión del reconocimiento de sumas periódicas o de pensiones de cualquier naturaleza impuestas al tesoro público o a un fondo de naturaleza pública, situaciones en las que el mecanismo

apto para la enervación de las transacciones o conciliaciones judiciales o extrajudiciales, es la revisión contemplada en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Es decir, si la parte que firmó el acuerdo considera que en el contenido de la conciliación existe un vicio del consentimiento, un objeto o una causa ilícitos –con las salvedades anotadas- o una violación de derechos ciertos e indiscutibles, podrá acudir ante la jurisdicción mediante un proceso ordinario de competencia del Juez Laboral según las reglas que fija el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Entonces, se puede llegar a una primera conclusión: las partes pueden acudir excepcionalmente al proceso ordinario laboral, para debatir acuerdos conciliatorios con efectos de cosa juzgada, pero no con el propósito de volver a examinar las controversias zanjadas por su propia voluntad, pues la conciliación es un instituto jurídico concebido «*como un acto serio y responsable de quienes lo celebren y como fuente de paz y de seguridad jurídica*», (SL, del 9 de mar. 1995, rad. 7088), sino con el fin de que el juez laboral analice temas relativos a la validez y eficacia de la conciliación, tales como: *i)* el cumplimiento de presupuestos formales, como lo sería que sea aprobada por una autoridad competente; *ii)* la inexistencia de vicios en el consentimiento; *iii)* la no violación de normas de orden público, y *iv)* el no desconocimiento de derechos ciertos e indiscutibles (SL, del 13 de mar. 2013, rad. 44157).

Cumple afirmar, así, que la conciliación es un mecanismo de autocomposición que, con la ayuda de un tercero componedor, busca resolver las controversias surgidas con ocasión de un conflicto suscitado que se origine en el contrato de trabajo (SL1982-2019). Ese conciliador por regla general es el juez o el inspector del trabajo y, a partir de las normas sobre descongestión judicial, se investió también a particulares con ese propósito. Para que se deriven los mencionados efectos de cosa juzgada, tal como se dijo arriba, se requiere que la conciliación sea aprobada por autoridad competente, que no existan vicios en el consentimiento ni se violen normas de orden público y que se respeten los derechos mínimos e irrenunciables que no son susceptibles de conciliación.

Conforme lo anterior, se observa que fue aportado al plenario, acta de conciliación suscrita el 4 de diciembre de 2012, por medio de la cual se indicó que la demandante laboró mediante un contrato a término indefinido en la finca TOQUIGUA, en el cargo de servicios varios de medio tiempo, con un salario final de \$345.500 mensuales, desde el día 23 de junio de 1993 hasta el 30 de noviembre de 2012, fecha en la cual de mutuo acuerdo se da por terminada la relación laboral, en donde se dispuso además que los empleadores cumplieron con todas sus obligaciones legales de carácter laboral; esto es, todos los salarios devengados y prestaciones sociales, la afilió y pagó los aportes al Sistema de

Seguridad Social Integral durante todo el tiempo que duró la relación laboral, y en la que a pesar de lo anterior, la demandante recibió sin objeción alguna tanto sus salarios como sus prestaciones sociales, a fin de precaver un conflicto de carácter laboral, por cualquier clase de derecho laboral discutible e incierto, tales como salarios, recargos de ley, horas extras, dominicales, festivos, compensatorios que involuntaria y eventualmente haya podido quedar insolutos en el transcurso de la relación laboral, en forma libre y voluntaria, las partes han convenido llegar a un acuerdo conciliatorio, convenido entregar la suma de \$8.848.371 que no tiene ninguna incidencia de carácter salarial, ni prestacional, para llegar a un acuerdo conciliatorio, sobre estos concepto de eventuales reclamaciones inciertas y discutibles, propuesta aceptada por éste, sin reparo alguno, disponiendo en su cláusula 4: *“Que como consecuencia del anterior acuerdo conciliatorio se pagará a la señora ROSARIO TORRES BERRIO, por una sola vez, la suma indicada en el punto anterior, dentro de la presente diligencia, con el cheque número 0001240 de la cuenta 141019026 del BBVA, que es recibido por la ex trabajadora a su entera satisfacción.”* (fls 279 a 281 del Archivo 01 del expediente digital)

Ahora, vale la pena señala que si bien en audiencia del 1 de abril de 2019, la parte demandante presentó incidente de tacha de falsedad del anterior documento, por cuanto desconoce la firma que se le atribuye, lo cierto es que mediante auto del 29 de noviembre de 2021, se tuvo por **desistida tácitamente** la práctica del incidente de tacha de falsedad ordenada en audiencia del 1 de abril de 2019, condenando en costas a la parte demandante en la suma de \$100.000 (Archivo 09 del expediente digital).

Por otro lado, la parte actora allegó al plenario copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones ante COLPENSIONES, así como reporte de pagos por concepto de cesantías. Igualmente, copia de certificaciones laborales expedidas por el demandado, carta donde terminan el contrato de trabajo por venta de la finca propiedad de los demandados, copia de memorando enviado a la demandante por supuesta falta, copia de respuesta dada por la demandante al memorando antes mencionado, sendas copias de las nóminas, copia de respuesta dada por COLPENISIONES, a la solicitud hecha por la demandante para iniciar el trámite correspondiente a la recuperación de semanas dejadas de cotizar por parte de los demandados.

No obstante lo anterior, y contrario a lo afirmado por el apoderado de la demandante, a folio 291 del archivo 01 del expediente digital reposa extracto del Banco BVA del demandado, del mes de diciembre de 2012, en el que se hace la ANOTACIÓN por el concepto de *“CARGO CHEQUE CANJE NO 1240 CC CAJA CENT”* por valor de \$10.000.000, sin que se observe que el mismo haya sido devuelto o rebotado, por el contrario, el mismo fue descontado de la cuenta del

demandado, desvirtuando el argumento expuesto en el recurso de apelación que el cheque a favor de la demandante no hizo canje, pues no aportó ningún medio de prueba que sustentara su dicho, por el contrario, el demandando si aportó el extracto bancario donde se acredita que el cheque 1240, numero de cheque que se indicó en el acta de conciliación sí hizo canje por el valor anteriormente mencionado, por lo que se desvirtúa el argumento expuesto por el apelante, máxime si se tiene en cuenta que el Juzgado de instancia declaró el desistimiento de la prueba del incidente de tacha de falsedad del acta de conciliación propuesto por la parte actora, ante su falta de interés en la práctica de la misma, pues no surtió las acciones necesarias para sufragar los honorarios del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CU.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que no se presentó ninguna otra inconformidad en contra de la sentencia proferida de 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 Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de agosto de 2022.

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 HERNANDEZ

Magistrada



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503620130085903](https://www.gub.uy/11001310503620130085903)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 036-2021-00067-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **MARGARITA CASTAÑEDA PEÑA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR Y
COLPENSIONES// CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis 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 parte demandada -PORVENIR S.A.-, presentó 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

La señora **MARGARITA CASTAÑEDA PEÑA**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP 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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la nulidad del traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en su cuenta de ahorro individual.

2. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a activar la afiliación en el régimen que administra.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 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.

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que la accionante de manera libre y voluntaria decidió efectuar el traslado de régimen pensional. Además que la asegurada no puede retornar al régimen que administra, por estar esta inmersa dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, entre otras.

El Juzgado de conocimiento por auto del 14 de febrero de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por **COLPENSIONES**, mientras que por proveído del 25 de julio de 2022, tuvo por contestado el libelo inicial por parte de **PORVENIR S.A.** (carpeta 16).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 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 MARGARITA CASTAÑEDA PEÑA del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 01 de enero de 2001, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la activa en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES Liquídense como agencias en derecho con la suma de un 1SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en la AFP, ya que la demandante contaba con el conocimiento y las capacidades para saber lo que estaba firmando. Así mismo adujo que, actuó de buena fe, como quiera que negó el traslado o devolución al régimen que administra, con fundamento en una prohibición legal. Además señaló que acceder a las súplicas de la demanda afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y pondría en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Finalmente precisó que no había lugar a emitir condena por costas procesales, ya no adeuda sumas alguna a la demandante, ni existió negligencia en su actuar.

Mientras que **PORVENIR S.A.**, indicó que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, esta misma entidad ha precisado que no se debe aplicar de manera homogénea en todos los procesos en lo que se solicita la nulidad o ineficacia del traslado, por incumplimiento del deber de información, sino se debe analizar las situaciones

fácticas en cada caso, considerando que dichas sentencias no pueden aplicarse a este asunto, ya que la accionante se vinculó al RAIS, de manera voluntaria y sin presiones, atendiendo las normas vigentes para el año 2000, sin que se exigiera una información o asesoría en los términos reclamados, aunado a que las características del régimen están plasmadas en la Ley 100 de 1993, por lo que la accionante había podido corroborar la información en el citado precepto jurídico. Manifestó que en caso de concederse las pretensiones, se deben remitir los rendimientos en el mismo porcentaje generado en las reservas legales de COLPENSIONES y no aquellos que se causaron en el RAIS. Finalmente alegó lo referente a la condena por indexación, ya que con el traslado de los rendimientos, se está compensando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por MARGARITA CASTAÑEDA PEÑA, el día 02 de noviembre de 2000; **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 afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 02 de noviembre de 2000 (fl 59 carpeta 6 del expediente digital)

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 05). **AFP PORVENIR S.A:** historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación al RAIS, informe suscrito por PORVENIR S.A., formulario de vinculación, historial de vinculaciones, comunicados de prensa, e historia válida para bono pensional.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 2 de noviembre de 2000, 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 a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 2 de noviembre de 2000, la demandante tenía 582,14 semanas (historia laboral allegada por COLPENSIONES-folio 49 carpeta 5 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 28 de mayo de 1963, fl 62 del archivo 5 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2020 (precisando que para el 13 de noviembre de 2020, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en el fls 28 del archivo 6 del expediente digital, la demandante había cotizado 1598 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al 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 02 de noviembre de 2000, 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 1º 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 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las

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

En tal sentido, 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.

Por lo anterior, esta Sala de decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó 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, los

gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas, tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARGARITA CASTAÑEDA PEÑA**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP PORVENIR S.A.**, el 2 de noviembre de 2000.

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 quinto de la sentencia recurrida y consultada, en el entendido que las costas de la primera instancia, estarán a cargo UNICAMENTE de 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 quinto de la sentencia proferida el 27 de marzo de 2023, por el Juzgado 36 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.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE



LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ



CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO

EXPEDIENTE DIGITAL: [11001310503620210006701](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 036-2021-00085-01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: VICTOR MAURICIO PÉREZ HERRAN
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR Y
COLPENSIONES// CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación presentado por PORVENIR y COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de abril de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y demandada -PORVENIR S.A.-, 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 **VICTOR MAURICIO PEREZ HERRAN**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, la **AFP COLFONDOS S.A.** y la **AFP**

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 PRINCIPALES

1. **DECLARAR** la ineficacia de la continuidad en la vinculación al Régimen de Ahorro Individual.
2. **DECLARAR** que las demandadas COLFONDOS y PORVENIR S.A., no lo asesoraron, para escoger la mejor opción.
3. **DECLARAR** valida la vinculación efectuada a COLPENSIONES.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a PORVENIR S.A.**, a procesar y tramitar el traslado al Régimen de Prima Media, administrado por COLPENSIONES.
2. **CONDENAR a COLFONDOS y PORVENIR**, a asumir las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría.
3. **CONDENAR a COLPENSIONES** a recibir todos los dineros provenientes del Régimen de Ahorro Individual.
4. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A. procedió a contestar demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal sobre las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, entre otras (carpeta 4).

Entre tanto **COLPENSIONES**, en su escrito de oposición manifestó que además de desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se efectuó el traslado del demandante, medió consenso sobre la información ofrecida por parte del asesor comercial. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado

de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, entre otras (carpeta 9).

El Juzgado de conocimiento por auto del 4 de marzo de 2022, admitió el escrito de defensa presentado por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., mientras que tuvo por no contestado el escrito inicial por parte de COLFONDOS S.A. (carpeta 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá**, profirió sentencia el 10 de abril de 2023, en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por VICTOR MAURICIO PÉREZ HERRÁN del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con efectividad del día 1o. de julio de 1994, a través de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, inconforme con la decisión adoptada por el juez de primera instancia presentó recurso de apelación, alegando en síntesis que la carga de la prueba no puede recaer únicamente en la AFP, ya que el demandante contaba con el conocimiento y las capacidades para saber lo que estaba firmando. Así mismo adujo que, actuó de buena fe, como quiera que negó el traslado o devolución al régimen que administra, con fundamento en una prohibición legal. Además señaló que acceder a las súplicas de la demanda afectaría la sostenibilidad financiera del sistema y pondría en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Finalmente precisó que no había lugar a emitir condena por costas procesales, ya no adeuda sumas alguna a la demandante, ni existió negligencia en su actuar.

Mientras que **PORVENIR S.A.**, indicó que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, esta misma entidad ha precisado que no se debe aplicar de manera homogénea en todos los procesos en lo que se solicita la nulidad o ineficacia del traslado, por incumplimiento del deber de información, sino se debe analizar las situaciones fácticas en cada caso, considerando que dichas sentencias no pueden aplicarse a este asunto, ya que la accionante se vinculó al RAIS, de manera voluntaria y sin presiones, atendiendo las normas vigentes para el momento del cambio de régimen pensional, sin que se exigiera una información o asesoría en los términos reclamados, aunado a que las características del régimen están plasmadas en la Ley 100 de 1993, por lo que el accionante había podido corroborar la información en el citado precepto jurídico. Manifestó que en caso de concederse las pretensiones, se deben remitir los rendimientos en el mismo porcentaje generado en las reservas legales de COLPENSIONES y no aquellos que se causaron en el RAIS; igualmente manifestó que no hay lugar a transferir lo concerniente a seguros previsionales, ya que se tratan de dineros que no se encuentran en su poder, sino de las entidades aseguradoras. Finalmente alegó lo referente a la condena por indexación y costas, ya que con el traslado de los rendimientos, se está compensando la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

De igual forma, la Sala avocará el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la **AFP COLFONDOS S.A.**, efectuado por **VICTOR MAURICIO PÉREZ HERRAN**, el día 09 de junio de 1994 y consecuentemente aquella vinculación efectuada a PORVENIR S.A.; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS y PORVENIR S.A, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y continúe afiliado 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 COLFONDOS S.A., el 09 de junio de 1994. Igualmente que el 29 de agosto de 1997, se vinculó a la AFP PORVENIR S.A. (fl 163 carpeta 4 del expediente digital)

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo (carpeta 09). **AFP PORVENIR S.A:** historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación al RAIS, informe suscrito por PORVENIR S.A., formulario de vinculación, historial de vinculaciones, comunicados de prensa e historia valida para bono pensional. COLFONDOS: no se decretaron pruebas, como quiera que se tuvo por no contestado el libelo inicial.

Del anterior material probatorio, no es posible determinar que el fondo demandado, haya suministrado la suficiente información el día 09 de junio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia,

conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirma, 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 9 de junio de 1994, el demandante tenía 115,14 semanas efectuadas a COLPENSIONES y un total de 223 semanas al RPM (historia laboral visible a folio 55 y 135 carpeta 1 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, 32 años (nació el 30 de enero de 1962, fl 24 del archivo 1 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024 (precisando que para el 23 de noviembre de 2020, fecha de expedición de la Historia laboral consolidada emitida por PORVENIR S.A., que obra en el fls 55 del archivo 1 del expediente digital, el demandante había cotizado 1568 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la 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 COLFONDOS, el 09 de junio de 1994, 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 ibídem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

En tal sentido, 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.

Por lo anterior, esta Sala de decisión CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó a COLFONDOS S.A. y 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 afiliado el demandante a la entidad, los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Cabe advertir que, la indexación de las sumas referenciadas, tiene vocación de prosperidad, toda vez que como se ha precisado, la ineficacia indica que el traslado de régimen nunca surtió efectos, empero durante dicho tiempo la AFP, si manejó dichos dineros o recursos, generando beneficios para su patrimonio, por lo que los rubros mencionados no pueden retornar al RPM, en la misma cuantía, ya que además han perdido su valor adquisitivo.

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 de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **VICTOR MAURICIO PEREZ HERRAN**, del Régimen de Prima Media al RAIS por intermedio de la **AFP COLFONDOS S.A.**, el 9 de junio de 1994 y consecuentemente aquel traslado horizontal efectuado el 29 de agosto de 1997 a la **AFP PORVENIR S.A.**

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 revocará 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 PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 10 de abril de 2023, por el Juzgado 36 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: [11001310503620210008501](https://expediente.digitial.gov.co/11001310503620210008501)