



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 25-2016-00383-01

Bogotá D.C., julio veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA**
DEMANDADO: **CONSTRUCTORA MPF SAS**
ASUNTO : **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 25° Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Las partes presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA** instaura demanda ordinaria laboral contra de **CONSTRUCTORA MPF SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRINCIPALES DECLARATIVAS:

- 1) Que entre las partes existió un contrato de trabajo.

- 2) Que, por mandato del Juez Constitucional, el demandante debe ser reintegrado a un cargo de igual o similares condiciones a las que desempeñaba antes de la desvinculación laboral.
- 3) Que la demandada debe al actor el pago de los salarios dejados de percibir durante la desvinculación laboral.
- 4) Que la demandada debe el actor el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir durante la desvinculación laboral, estas son, vacaciones, primas de servicios, cesantías e intereses a las cesantías.
- 5) Que la demandada debe al actor el pago de la seguridad social integral dejada de percibir durante la desvinculación laboral.
- 6) Que la demandada debe pagar al actor, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

PRINCIPALES CONDENATORIAS:

- 1) Por los salarios dejados de percibir el valor de \$7.583.994.
- 2) Por las cesantías del tiempo de la desvinculación \$689.454.
- 3) Por los intereses a las cesantías \$82.734.
- 4) Por la prima de servicios, dejada de percibir durante el tiempo de la desvinculación laboral por el valor de \$689.454.
- 5) Por las vacaciones dejadas de percibir durante el tiempo de la desvinculación laboral por el valor de \$344.727.
- 6) Por la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el valor de \$4.136.727.
- 7) Al pago de la indexación de las sumas que resulten condenadas.
- 8) Costas procesales.

SUBSIDIARIA DECLARATIVA:

- 1) Que la demandada debe pagar al actor, la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, por el no pago de salarios y prestaciones sociales durante el tiempo en que el trabajador estuvo desvinculado.

SUBSIDIARIA CONDENATORIA:

- 1) Por la sanción de que trata el artículo 65 del CST, por el no pago de cesantía \$8.273.448.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada CONSTRUCTORA MFP SAS contestó la demanda, de acuerdo al auto que data del 16 d junio de 2017 (fl. 629). Se opusieron a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

REFORMA DE DEMANDA

La parte demandante presentó reforma de la demanda, modificando las pretensiones de la siguiente manera:

PRINCIPALES DECLARATIVAS:

- 1) Que entre las partes existió un contrato de trabajo.
- 2) Que se declare la confirmación del mandato del Juez Constitucional, y en ese sentido declarar que el demandante debe ser reintegrado a un cargo de igual o similares condiciones a las que desempeñaba antes de la desvinculación laboral.
- 3) Que la demandada debe al actor el pago de los salarios dejados de percibir durante la desvinculación laboral.
- 4) Que la demandada debe el actor el pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir durante las desvinculaciones laborales del 19 de junio de 2015 y el 2 de junio de 2017, estas son, vacaciones, primas de servicios, cesantías e intereses a las cesantías y auxilio de transporte.
- 5) Que la demandada debe al actor el pago de la seguridad social integral dejada de percibir durante la desvinculación laboral.
- 6) Que se declare que el demandante tiene estabilidad aboral reforzada por su condición de salud, y por lo tanto, CONSTRUCTORA MPF SAS, debe abstenerse de realizar cualquier tipo de desvinculación mientras la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud del demandante persista.

SUBSIDIARIAS:

- 1) En caso de que no se declare la ratificación de la orden constitucional de reintegro, junto con la declaratoria de pago de salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir, se declare que el despido realizado sobre el demandante, fue con ocasión a su estado de salud.

- 2) Que como consecuencia de lo anterior, se declare que la demandada debe pagar al actor la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.
- 3) Se declare que el despido realizado al demandante fue sin justa causa.

PRINCIPALES CONDENATORIAS:

- 1 Por los salarios dejados de percibir el valor de \$7.583.994.
- 2 Por las cesantías del tiempo de la desvinculación \$689.454.
- 3 Por los intereses a las cesantías \$82.734.
- 4 Por la prima de servicios, dejada de percibir durante el tiempo de la desvinculación laboral por el valor de \$689.454.
- 5 Por las vacaciones dejadas de percibir durante el tiempo de la desvinculación laboral por el valor de \$344.727.
- 6 Por la sanción de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 sobre la no consignación de cesantías del año 2015 \$8.273.448.
- 7 Al pago de la indexación de las sumas que resulten condenadas.
- 8 Costas procesales.

SUBSIDIARIA:

1. Que la demandada debe pagar al actor, la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por el valor de \$4.136.727.

CONTESTACIÓN REFORMA DE LA DEMANDA

La demandada CONSTRUCTORA MFP SAS contestó la reforma demanda, de acuerdo al auto que data del 5 de julio de 2017 (fl. 648). Se opusieron a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 25° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 09 de noviembre de 2021. **ABSOLVIÓ** a la parte demandada.

Sin **costas** en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que la empresa demandada despidió al actor estando en una situación de discapacidad, pese a que la sentencia se fundamentó en que no se cumplió uno de los requisitos que establece la jurisprudencia y la normatividad que reglamenta el despido en personas en situación de discapacidad para que se active a su favor la protección, sin embargo, el demandante tiene una pérdida de capacidad laboral del 13.88%, sin que complete el 15% requerido por la basta jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, solicita se estudie en el presente asunto no se puede hablar de una cifra en específico, teniendo en cuenta las pruebas que reposan en el expediente que dan cuenta de varios actos discriminatorios en relación con la situación de discapacidad del actor, que si bien no encuadra dentro de la discapacidad moderada entre el 15 del 25% si es primero una discapacidad que está muy cerca del 15% y se tengan en cuenta varias situaciones y hechos probados dentro del proceso.

Ahora, señala que la situación de discapacidad que se estableció es como consecuencia de dos accidentes de trabajo ocurridos durante la prestación del servicio en esta relación laboral que causaron esta discapacidad al actor, en tanto que el representante legal en su interrogatorio de parte indicó que, conocía del accidente de trabajo que padeció el actor y que además tenía una pérdida de capacidad laboral del 13.88%, aunado al hecho que el demandante estaba prestando sus servicios, con ocasión a una orden de tutela que lo obligó a reintegrar, de manera transitoria, incluso le indicaron que no debía realizar algunas tareas, dada su discapacidad, situación que incluso se puede corroborar con la historia clínica allegada.

De otro lado, solicita aplicar la sentencia T 041 de 2019, donde indicó que la estabilidad laboral reforzada cobija a todo aquel que presenta una situación grave relevante de salud, que implique o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores. Por tanto, esta protección especial no se debe limitar a quienes han sido calificados con una pérdida de la capacidad laboral

moderada, severa o profunda, o cuenten con una certificación que acredite porcentaje, que han perdido su fuerza laboral, en tanto que, en virtud del artículo 13 la Constitución Política, fija encabezada del Estado, el deber de promover las condiciones para que esta igualdad sea real y efectiva y adoptar las medidas en favor de grupos discriminados o marginados a la parte proteger especialmente aquellas personas que, por su condición económica, física, mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, precisando que el 22 de diciembre de 2016 el Ministerio del Trabajo expide una resolución autorizando la solicitud de terminación de la relación laboral realizada por la demandada; pero se solicita se tenga en cuenta que en la sentencia no se analizó que este acto administrativo se emitió con violación al debido proceso, pues al demandante no se le notificó en ningún momento y no obra dentro del plenario la notificación para poder hacer uso de su derecho de defensa. No obstante, emitió una autorización de despido y esta autorización de despido fue emitida el 22 de diciembre 2016, notificada por aviso a la empresa el 17 de marzo de 2017, pero se le notificó tardíamente al trabajador, por lo tanto, la inmediatez pues saltó a la vista.

- 2. DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Señala que no se estudió el despido sin justa causa del demandante, pese a haberse reformado la demanda en éste sentido, junto con el pago de la indemnización de que trata el CST, en donde se daría cuenta el operador judicial que el despido se dio en razón a causas discriminatorias por su estado de salud, pues no existió ninguna otra razón justificativa que llevara a tomar la decisión de despedirlo, lo que impone al empleador acreditar las justas causas alegadas, en el presente asunto la demandada no probó la justa causa que se alegó en la terminación del contrato de trabajo, porque la autorización por parte del Ministerio no era suficiente, so pena que el acto se declare ineficaz y en ese sentido, se ordene el reintegro del trabajador.

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 es procedente ordenar el reintegro del señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA al cargo que venía desempeñando, uno igual o de superior jerarquía, en el evento en que se acredite que para el momento de la terminación del contrato gozaba de estabilidad laboral reforzada o algún padecimiento de salud por el cual la sociedad demandada estuviera en la obligación de solicitar autorización previa ante el Ministerio de trabajo para disponer la terminación laboral del contrato. **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho al pago de los salarios dejados de percibir, así como la indemnización de que trata el Art. 26 de la Ley 361 de 1997. **3.** De manera subsidiaria, si conforme el material probatorio el demandante fue despedido sin justa causa, y si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 65 del CST.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Sea lo primero indicar que no fue objeto de discusión, ni de inconformidad por ninguna de las partes la existencia de una relación laboral, mediante la suscripción de un contrato de duración de la obra o labor determinada entre el señor ROBERTO RODRÍGUEZ ARDILA y la empresa CONSTRUCTORA MPF SAS desde el 29 de junio de 2012, para desempeñar el cargo de “Ayudante de Construcción”, devengando un último salario equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, relación laboral que se extendió hasta el 25 de agosto de 2016.

Por otro lado, fueron aceptados los hechos relacionados con la ocurrencia de los accidentes, el 18 de enero de 2013, consistente en que una puntilla se le enterró en el pie derecho, y en su reacción al flexionar el tronco para extraer la puntilla, sufrió un trauma en el hombro al golpearse contra una viga de cemento, accidente que fue reportado hasta el 13 de enero de 2013.

Por otro lado, el accidente ocurrido el 28 de noviembre de 2013, conforme reporte de informe para accidente de trabajo visible a folio 225 del plenario, consistente en que el demandante se encontraba sosteniendo un paral para poder encofrar un paso de una escalera, al terminar la tarea, refiere que tiene dolor en el brazo derecho.

Así mismo, el accidente ocurrido el 12 de marzo de 2015, mientras el demandante estaba acoplado un paral, de repente se rodó golpeándose en el pie derecho, causándole un traumatismo por aplastamiento, conforme informe de accidente de trabajo del empleador visible a folio 167 del plenario.

INEFICACIA DEL DESPIDO Y REINTEGRO DEFINITIVO – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA:

El conflicto surge entonces de las circunstancias que rodearon la terminación del vínculo laboral, haciendo especial énfasis, según los hechos de la demanda y el recurso de apelación incoado por la parte demandante, que la sociedad CONSTRUCTORA MPF SAS terminó el contrato de trabajo en primer medida el 19 de junio de 2015 y el 2 de junio de 2017 de forma unilateral y con justa causa el contrato de trabajo, y si bien solicitó la autorización previa del Ministerio del Trabajo para su desvinculación, lo cierto es que dicha decisión no fue notificada en debida forma al demandante, teniendo conocimiento de las condiciones especiales de salud del actor.

Así pues, el Juzgado de instancia absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante presentó recurso de apelación respecto del reintegro deprecado, argumentando que si bien el demandante no tiene el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que exige la jurisprudencia y la norma, lo cierto es que debe revisarse al detalle la situación particular del actor.

Así las cosas, la Sala se centrará en analizar las circunstancias que conllevaron al empleador a dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa el **19 de junio de 2015** aduciendo que, pese a las reubicaciones laborales del demandante, no contaba con las competencias laborales para ejercer alguna actividad dentro de la empresa.

Ahora bien, mediante sentencia de tutela proferida por el Juzgado 3 Municipal de Pequeñas Causas Laborales el 14 de abril de 2016, se tuteló de manera transitoria, con el propósito de evitar un perjuicio irremediable los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, seguridad social, mínimo vital, debido proceso, dignidad humana y al trabajo del señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA, y en consecuencia ordenó reintegrar al demandante a la empresa CONSTRUCTORA MPF SAS, a un trabajo de naturaleza y retribución igual al que antes desempeñaba, observando en todo caso que sean adecuadas para su especial estado de salud.

Sin embargo, que el actor compareció hasta el 25 de abril de 2016 ante el empleador, y prestó sus servicios durante un lapso de 4 meses más, esto es, hasta el 26 de agosto de 2016, fecha en la cual el demandante no se encontraba incapacitado ni ostentaba recomendaciones médicas.

Por otro lado, el Ministerio del Trabajo mediante Resolución No. 003782 del 22 de diciembre de 2016, autorizó la solicitud de terminación de la relación laboral. Por terminación de la obra o labor contratada del trabajador ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA, invocada por la empresa CONSRUCORTA MPF SAS.

Frente a la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del ex empleador, es necesario hacer énfasis a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en la Ley 361 de 1997.

Sea lo primero indicar que el artículo 53 de la Constitución Política dispone que los trabajadores gozaran de estabilidad en el empleo. A su vez, el artículo 24 Ley 361 de 1997 establece que el Estado deberá propiciar la ubicación laboral a los minusválidos discapacitados disminuidos acorde con su situación de salud, lo anterior se traduce en la protección por parte del Estado y a través de la ley para que el trabajador en casos específicos puedan verse afectados gravemente en alguna de sus garantías constitucionales permanezcan en su empleo o accedan a las indemnizaciones a que hayan lugar incluso en contra de la voluntad del empleador, ese pronunciamiento de carácter constitucional ha sido desarrollado bajo el concepto de la estabilidad laboral reforzada y está dirigida a aquellos sujetos que merecen especial protección del estado y es precisamente como en desarrollo de esas exigencias constitucionales que el legislador expidió la Ley 361 de 1997 a fin de establecer una serie de mecanismos destinados proteger a las personas con limitaciones físicas dando desarrollo a través del artículo 26 *ibídem* a la estabilidad laboral reforzada que deben gozar los trabajadores discapacitados.

En desarrollo de esta normativa y especialmente en lo que tiene que ver con las personas a que está dirigida la protección especial que consagra, según el grado de su limitación, se dispone en el artículo 5, que los individuos con limitaciones deberán aparecer como tales en el carné de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, y corresponde a las empresas promotoras de salud consignar, en tal documento, la existencia de la respectiva limitación, con la especificación del grado de limitación que presenta su portador, en las escalas de moderada, severa y profunda, con el fin de que puedan identificarse como titulares de los derechos

previstos en la ley en comento. No fue una previsión caprichosa del legislador el aludir, en el citado artículo, a los distintos grados de invalidez que pueden afectar a las personas según la limitación que padezcan, por el contrario, la razón está de parte de aquellas que padecen mayores grados de limitación, naturalmente con el propósito de lograr su integración social en todos los ámbitos de la vida en comunidad en que se desenvuelven los seres humanos. Indubitablemente que el amparo es menor o inexistente para las personas con limitaciones de menor intensidad que no se les dificulta su inserción en el sistema competitivo laboral.

De lo anterior se puede deducir, que, si entre el motivo de la desvinculación y la limitación que padece el trabajador objeto de la decisión, existe un nexo de causalidad, para efectos de la finalización del vínculo, debe mediar el aval de la autoridad administrativa del trabajo, que para el caso se encuentra representada por un Inspector adscrito al Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que la H. Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 10 de mayo de 2000, al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997, dispuso declararlo exequible, estableciendo que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato, por tanto al demandante es a quien le corresponde acreditar, en primer lugar su condición de persona limitada amparada por la ley 361 de 1997.

En cuanto a los requisitos exigidos para que un trabajador acceda a la protección contemplada en el Art. 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la del 18 de septiembre de 2012, radicación 414845, la del 16 de marzo de 2010, radicación 36115 y la del 25 de marzo de 2009, radicación 35.606, reiteró que para su aplicación se requería: **1.** Que el trabajador se encontrara en una de las siguientes hipótesis: **a).** Con una limitación “moderada”, que **corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%**, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%, conforme a lo previsto en el artículo 7 del decreto 2463 de 2001; **2.** Que el empleador conociera de su estado de salud; y **3.** Que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo”. Posición que acoge la Sala y que será aplicada para resolver el sub lite.

Parámetros que fueron reiterados en Sentencia SL 11411-2017 de Radicación No. 67595 del 2 de agosto de 2017, al indicar que la garantía de la estabilidad laboral reforzada, no cobija cualquier discapacidad, sino aquellos trabajadores que tienen una condición de discapacidad con un grado moderado, severo o profundo, independientemente de su origen, teniendo el juzgador la potestad de apreciar libremente la prueba y acoger aquellos elementos de convicción que le den mayor credibilidad sobre la condición y el grado de limitación física, psíquica o sensorial de quien demanda la protección, en tanto, no constituyen pruebas solemnes, pues no son constitutivas de la condición del trabajador el carné o certificación que lo identifique como minusválido en los términos del artículo 5 de la norma o el dictamen que emiten las juntas de calificación de invalidez, en tanto, estos son algunos de los medios de prueba con los cuales acreditar.

Así mismo, en sentencia reciente SL2298-2019, Radicación n.º 62079 del 25 de julio de 2019, indicó que no era suficiente el padecer determinada patología para que se activara la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, sino que se requería acreditar por lo menos una con el carácter de moderada, y que el empleador conocía de tal circunstancia.

Posición que acoge la Sala y que será aplicada como uno de los argumentos para resolver el presente caso, resaltando que queda en evidencia que la Ley 361 de 1997, se encarga fundamentalmente del amparo de las personas con los grados de limitación a que se refieren sus artículos 1 y 5; de manera que quienes para efectos de esta ley no tienen la condición de limitados por su grado de discapacidad, esto es para aquellos que su invalidez está comprendida en el grado menor de moderada, no gozan de la protección y asistencia prevista en su primer artículo. Así mismo, que este beneficio opera en casos de despidos unilaterales y sin justa causa, y aún con justa causa, sin autorización del Ministerio de Trabajo.

Situación que **no desconoce lo dispuesto en la sentencia SU-049 de 2017 proferida por la H. Corte Constitucional**, pues si bien existen fricciones sobre la hermenéutica dada al artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por las altas corporaciones jurisdiccionales, la postura reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia constituye «*doctrina legal probable*» que emana de su rol como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria laboral. En tal sentido se ha pronunciado en sentencia, SL294-2019, Radicación nº 69158 del 5 de febrero de 2019, reiterando lo dispuesto en sentencia C-836 de 2001.

De la prueba allegada al plenario, pertinente para resolver si el empleador conocía el estado de salud del trabajador, reposa formato de reporte de accidente de trabajo expedido por la ARL POSITIVA que data del 30 de noviembre de 2015, en el que se reporta el accidente del trabajador el 28 de noviembre de 2013, otro formato con un accidente de trabajo reportado el 12 de marzo de 2015.

Reposa igualmente historia clínica del demandante, así como sendas incapacidades otorgadas al actor, en donde se refiere consulta externa el día 9 de marzo de 2011 que, refiere 1 día de evolución de hombro derecho, posterior a realizar un esfuerzo muscular “bajando un hierro”. Así mismo, en consulta del 18 de abril de 2011 consulta nuevamente el demandante por un cuadro de 8 días por dolor de hombro derecho, limitación funcional. Nuevamente, el 30 de diciembre de 2011, asiste a consulta médica en donde informa que le duele el codo derecho, cara lateral interna, sin embargo niega trauma; y manifiesta haber tenido una lesión con una puntilla en la planta izquierda.

Así mismo, se allegó Dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la ARL POSITIVA, el cual fue aportado de manera incompleta. Obra Dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el que fue diagnosticado con el 6% de pérdida de capacidad laboral por las siguientes patologías: traumatismo de tendón del manguito rotatorio del hombro, traumatismo de tendón y músculo de la cabeza larga del bíceps y heridas de otras partes del pie.

Finalmente, Dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, quien le otorgó al señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA el 13,88% de PCL, con fecha de estructuración 12 de mayo de 2014.

Obra recomendaciones para el desempeño laboral del señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA efectuadas por POSITIVA que data del 16 de abril de 2015 con destino a la empresa demandada, dentro de las cuales mencionó 15 recomendaciones para el trabajador y 8 para la empresa.

Se recibió **interrogatorio de parte** del señor MARIO PATIÑO FUENTES, en calidad de representante legal de la empresa demandada, quien indicó que, el demandante presto servicios en la obra ubicada en la calle 130B #10-90 Hospital Universitario, por un lapso de un año largo, dada la orden de tutela que dispuso el reintegro del

actor. Sobre el tema de calificación de pérdida de capacidad laboral, reconoció que el demandante si fue calificado con una pérdida de capacidad laboral, que siempre se le dieron los permisos para asistir a sus citas médicas y terapias. Que el demandante fue reubicado laboralmente para desarrollar actividades de aseo, dando cumplimiento a las recomendaciones de positiva, pues el demandante no podía hacer fuerza, ni levantar objetos pesados. Finalmente señaló que, el despido se realizó mediando autorización del Ministerio del Trabajo, aunado al hecho que el accionante para ese momento, no tenía incapacidades o restricciones médicas.

Conforme lo anterior, la parte actora solicita en el *petitum* de la demanda se declare que goza de estabilidad laboral reforzada, el cual surgió en desarrollo del contrato de trabajo y con ocasión a accidentes de trabajo, y por lo tanto debe ser reintegrado el cargo que venía desarrollando, a uno igual o de similares condiciones.

En ese orden de ideas, desde ya debe advertirse que las pretensiones incoadas en la demanda no tienen vocación de prosperidad, pues claro es que la protección de la que hace mención el artículo 26 de la ley 361 de 1997 es una disposición reglada por el Dto. 2463 de 2001 en su artículo 7, y que aplica para aquellas personas con limitaciones moderadas, así lo contempla su artículo 1 en que edifica sus principios la ley en comento, así como sus beneficiarios.

De lo anterior, se puede concluir que la misma norma delimitó el campo de aplicación a aquellas personas que padecen una minusvalía significativa, así pues revisadas las pruebas regularmente aportadas al plenario, extraña la Sala que el demandante finca sus pretensiones en la ley 361 de 1997, así lo señala en sus fundamentos de derecho, normatividad que fue regulada por el Dto. 2463 De 2001 y del cual deviene que durante la vigencia del contrato laboral padeció de diferentes accidentes de trabajo, sin que especifique que secuelas le generaron dichos accidentes de trabajo, sin embargo, se pueden extraer de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral los cuales son: traumatismo de tendón del maguito rotatorio del hombro y traumatismo del tendón y musculo de la cabeza larga del bíceps.

Así pues, se tiene por acreditado que el empleador tenía pleno conocimiento del estado de salud que aquejaba al demandante, tanto es así que por orden de tutela tuvo que reintegrarlo, y posteriormente, con autorización del Ministerio del Trabajo dio por terminado el contrato de trabajo, dada la expedición del Acto Administrativo no. 003782 del 22 de diciembre de 2016.

Por otro lado, si bien dentro del plenario se acredita que el demandante fue diagnosticado por patologías antes enunciadas y que se le practicó una cirugía al demandante, lo cierto es que dicha circunstancia por sí sola, y como se acreditó en el expediente no activa a favor del demandante la garantía de estabilidad laboral reforzada a su nombre, teniendo en cuenta en primer lugar que la parte actora no acreditó la existencia de un nexo causal, entre el siniestro y el momento de la terminación unilateral del contrato de trabajo.

En segundo lugar, el demandante tampoco acreditó estar incapacitado al momento en que finalizó la relación laboral a efectos de acreditar que gozaba de alguna protección especial, en tanto que los documentos alegados acreditan sendas incapacidades médicas, pero no para el 25 de agosto de 2016, fecha en que se terminó definitivamente la relación laboral.

Adicionalmente, tampoco se acreditó dentro del plenario que tuviera algún porcentaje de pérdida de capacidad laboral, esto es, igual al 15% o superior, límites antes enunciados a efectos de que fuera sujeto especial de protección.

En ese orden de ideas, si bien con la documental aportada por la parte demandante pretendía demostrar una situación de estabilidad manifiesta, lo cierto es que para que se active a su favor la garantía de estabilidad laboral reforzada, debió estar incapacitado, o haber demostrado el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que padece al momento de la finalización del vínculo laboral, sin que se acreditada nada al respecto.

En ese sentido, cuando una persona pretende desatar para sí los efectos de la Ley 361 de 1997, debe probar los presupuestos de hecho que le permitan gozar de aquellas consecuencias, lo que se traduce en que debe acreditar su estado de capacidad diversa y comprobar el conocimiento del empleador de ello. En ese sentido, a pesar de que se acredita conforme la historia clínica del actor, padecimiento por diferentes patologías que afectan su estado de salud, lo cierto es que a la fecha en que feneció el vínculo laboral, no se encontraba incapacitado, requisito primordial para configurar la estabilidad laboral reforzada que pretende el actor, ni dictaminado con un porcentaje que active a su favor la estabilidad laboral reforzada.

En ese sentido, se encuentra desbordada la pretendida estabilidad laboral reforzada que reclama la parte demandante del espectro de protección del artículo 26 de la

Ley 361 de 1997 y las cargas legales que los empleadores tienen respecto de aquella normativa, en la medida en que, con arreglo a la postura jurisprudencial antes mencionada, ciertamente no basta con que el trabajador tenga dificultades médicas que puedan conducir con posterioridad a una pérdida de capacidad laboral, como en el caso bajo estudio, sino que se requiere la indiscutiblemente el conocimiento del empleador del estado de salud del trabajador a efectos que opere la estabilidad mencionada, situaciones que no fueron acreditadas dentro del plenario.

Luego, lo que verdaderamente no fue demostrado por el demandante, fue la condición de incapacidad, que era su responsabilidad probatoria para el momento del despido, toda vez que, quien pretenda desatar los efectos de aquella garantía legal, debe comprobar que se encuentra con certeza bajo una de las hipótesis fácticas que lo permiten.

Así las cosas, si bien no se requiere una prueba solemne para acreditar el estado de discapacidad del trabajador, lo cierto es ya sea el no conocimiento por parte del empleador o incluso la inexistencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral propiamente dicha en términos de porcentajes, así como tampoco encontrarse incapacitado el día del despido, como se indicó anteriormente, sin que se haya podido acreditar el grado de afectación en la salud al menos en el carácter moderado, es decir que no se pudo activar la protección en el sentido que la terminación del vínculo laboral no ocurrió por la situación de la parte demandante.

Sólo una vez en aquel escenario, podría entenderse que la parte actora estaba amparada por la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y, allí sí, trasladaría la carga de la prueba al empleador para demostrar que hubo una causa objetiva en la desvinculación o, exigir la autorización previa del Ministerio del Trabajo cuando la limitación del trabajador resultare incompatible con la labor desempeñada por éste, en ausencia de las posibilidades de reubicación. Sobre este punto, vale aclarar que las acciones afirmativas de protección e inclusión en favor del trabajador demuestran precisamente que las indiscutidas dolencias de salud le permitían una integración satisfactoria con el entorno (Sentencia SL3813 con Rad. 72706 de 2019).

En razón a lo dicho, se impone la conclusión de que a pesar de que pudo padecer el demandante afectación de salud, realmente no se encontró demostrado en el plenario que ello supusiera activar en su favor la protección del artículo 26 de la Ley

361 de 1997, y es que en todo caso, a pesar de sus múltiples incapacidades médicas, lo cierto es que la empresa demandada solicitó autorización al Ministerio del Trabajo quien mediante Resolución 003782 del 22 de diciembre de 2016 autorizó la finalización del vínculo laboral entre las partes el 25 de agosto de 2016, fecha en la cual cesaba transitoriamente el amparo constitucional al accionante.

En atención a las consideraciones antes expuestas; se exime a la convocada a juicio de su responsabilidad frente a la protección legal y constitucional existente respecto de las personas en condición de debilidad manifiesta, encontrándose la parte actora por fuera de los presupuestos establecidos por la Ley 361 de 1997 de donde presuntamente procedería el reintegro deprecado, trayendo a colación la sentencia 16 de marzo 2010 Rad. 36115 y la sentencia con radicado 37514 del 01 de enero de la misma anualidad, siendo improcedente acceder a las pretensiones incoadas en la demanda, sin que sea posible declarar que el señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA goza de estabilidad laboral reforzada de que trata la Ley 361 de 1997, así como las demás pretensiones incoadas en la demanda, por depender de la principal.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ART. 64 CST:

En otro giro, solicita la parte actora de manera subsidiaria se estudie la terminación sin justa causa que adoptó de manera unilateral la empresa demandada, pretendiendo el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.

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.

Se observa documental que data del 19 de julio de 2015, mediante la cual la empresa demandada da por terminada la relación laboral suscrita entre las partes, en la que indicó:

“(...) con el fin de informarle la decisión que ha tomado CONSTRUCTORA MPF SAS de realizar la terminación unilateral del contrato No 04689212 con usted realizado el día 14 de mayo de 2015, por justa causa.

Lo anterior, radica en que pese a los innumerables esfuerzos que la empresa ha realizado para reubicarlo en diferentes sitios de trabajo y puede ejecutar una labor determinada como se demuestra en los diferentes cargos de ayudante que ha ocupado, no ha sido posible que usted de acuerdo a sus competencias laborales lo ejerza, es consciente que la empresa se ha visto avocada en acomodarse a sus necesidades y no lo contrario, debiendo ajustar actividades que no estaban diseñados para dar una opción laboral, además de ello se ha realizado un estudio y seguimiento sobre su rendimiento laboral de los últimos tres años, evidenciándose que en el presente año va un total de 33 permiso acompañados de excusas medicas recurrentes, lo que altera en cierta medida el buen funcionamiento de la empresa, esto totalmente contrario a lo definido en su contrato laboral, siendo por lo tanto su servicio insuficiente para la Constructora, razón por la cual la empresa ha tomado la decisión de manifestarle que usted viene ha incurrido en falta grave contemplada en el reglamento interno de trabajo Capitulo XIV JUSTAS CAUSAS DE TERMINACIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO CALIFICADAS EN EL REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO, se califican como faltas graves y dan, por tanto, lugar a terminación del contrato por decisión unilateral por justa causa, las contempladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo numeral 13 concordante con el Decreto 2351 de 1965 (...),razón por la cual su despido tendrá efectos a partir del 15 de julio de 2015.”

Ahora bien, sea la oportunidad para traer a colación el parágrafo 2o de la cláusula quinta del contrato de trabajo que reza:

PARÁGRAFO 2o. *Las justas causas para dar por terminado el presente contrato, son las consagradas en el Decreto 2351 de 1965, las contempladas en el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa, las contempladas en este Contrario o las que posteriormente se señalen por la Ley o acuerden las partes.*

Teniendo en cuenta lo anterior, debe precisarse que el Decreto Ley 2351 de 1965 trae consigo unas causales que se está invocando como hechos graves en la terminación del contrato,

“ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

A) *Por parte del patrono:*

(...)

13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.

(...)”

Al respecto, conviene precisar que para que un trabajador pueda ser despedido por cometer una falta, el empleador habrá de determinar si la falta es lo suficientemente grave como para que amerite o justifique la terminación del contrato de trabajo.

Ahora bien, el Artículo 62 establece que son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

6) Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave, calificada como tal en pactos y convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

A su turno, el literal 1a) del Artículo 58 del CST dispone las obligaciones especiales del trabajador:

1a) Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.

Sea del caso mencionar que el párrafo del art. 62 del CST establece que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

La jurisprudencia de la sala laboral de la H. Corte Suprema de justicia ha sostenido que frente a la gravedad de las causas establecidas en el Art. 62 del CST es calificada o determinada por las partes en el contrato de trabajo, o en el reglamento de trabajo, entre otros, conforme sucedió en el presente asunto.

Al respecto, es necesario traer a colación lo sostenido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la providencia con radicación No 38855 del 28 de agosto de 2012, en la que adoctrinó:

*“Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, **contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se***

califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato".

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta..."

Lo anterior para señalar que, ante la mención de las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo, lo esencial en la demostración de su ocurrencia es la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave, conforme se puede extraer de la documental visible a folios 47 a 49.

Establecido que fue la demandada quien terminó en forma unilateral el vínculo laboral con el demandante y cuál fue la razón que esgrimió para ese fin, conforme la carta de terminación visible corresponde el establecer si ésta existió y si constituye una causa justa imputable a la actora.

Al respecto, ha de señalarse que el despido con justa causa es una facultad que el legislador da a las partes para terminar el contrato de trabajo por las prerrogativas previamente establecidas en el compendio normativo; precisando que cuando la decisión se toma por parte del empleador conlleva la obligación de hacer conocer los hechos que se aducen como justa causa, y permitir al trabajador defenderse.

Así pues, en virtud de lo dispuesto en los artículos 51 del y 61 del CPT y la SS, en materia laboral no existe tarifa legal, siendo admisibles todos los medios de prueba consagrados en la ley, con los cuales el juez puede formar libremente su convencimiento atendiendo a los principios informadores de la sana crítica.

Frente a las pruebas allegadas al plenario, reposa proceso disciplinario interno adelantado por parte de la empresa demandada en contra del actor, con fecha 14 de julio de 2015, ante varios requerimientos efectuados al actor, con el fin de que cumpliera sus obligaciones laborales, especialmente con los temas de seguridad y salud en el trabajo, ante lo cual, el actor hizo caso omiso a dichos requerimientos se adelantó, en el que se le informó expresamente:

"(...) fecha indicada de manera verbal al señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA, en la cual se le daba a conocer en la carta de notificación de apertura de investigación sobre la posible terminación del contrato de obra No 04689212

iniciado el 14 de mayo de 2015, por no cumplir con el objeto de la misma, toda vez que desde la fecha que viene realizando su trabajo en la obra se ha tenido que realizar varias reubicaciones en diferentes sitios de trabajo sin lograr que lleve a cabo sus competencias laborales, donde son recurrentes los llamados de atención de los supervisores, la constructora lo ha reubicado pero no se han visto resultados, debiendo ajustar actividades para sus necesidades que la empresa no tenía planeado contratar, también se tiene que la hoja de vida y los antecedentes que en ella reposan que durante el año 2015, lleva 33 permisos y excusas medicas recurrentes, lo que altera en gran medida el correcto funcionamiento de la construcción y terminación de la obra interfiriendo con los resultados que la constructora debe dar a los plazos estipulados por nuestros contratistas.

Es importante indicar que al señor Roberto Rodríguez, en varias oportunidades la Jefe de Recursos Humanos, le realizó llamados de atención sobre las recomendaciones del contrato No. 04689212, para que contribuya con la seguridad y su salud y cumplimiento al reglamento interno del trabajo, como el expresado de fecha 27-05-2015, lo cual lo venía incumpliendo.

El 19 de junio se procedió ir a las instalaciones de la construcción ELEMENTO para notificar de manera personal y por escrito la apertura de la investigación, realizada con la presencia de la supervisora de seguridad ANGELICA CUERVO, indicándole al señor ROBERTO RODRIGUEZ el inicio del proceso disciplinario interno, dándole a conocer el artículo 29 de la Constitución Nacional derecho al debido proceso, entre ellos el derecho a rendir descargos o entregarlos por escrito, pero de manera grosera, alterado y con palabras salidas de tono, se retiró de la construcción ELEMENTO, sin recibir el documento y sin firmar su recibido, por lo que se procedió ese mismo día por correo certificado SERVIENTREGA No. 928340584 (...).

En vista que no quiso comparecer para presentar sus alegaciones se procede a tomar la siguiente

DECISION

Una vez visto los antecedentes obrantes que dan inicio al presente proceso disciplinario interno de la Constructora MPF SAS, se procede a tomar decisión de fondo respecto de la continuidad o no del señor ROBERTO RODRIGUE ARDILA, a quien mediante oficio (...) se le dio a conocer que incurrió en falta contemplada en el reglamento interno de trabajo de la CONSTRUCTORA MPF SAS (...) 13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada; razón pro al cual su despido tendrá efectos a partir del 15 de julio de, dando por terminado el presente contrato por justa causa y se procede a disponer de las siguientes actuaciones a fin de dar cabal cumplimiento a lo expuesto en la normatividad vigente (...)"

Conforme lo anterior, se aportó igualmente resolución No. 003782 del 22 de diciembre de 2016 el Ministerio de Trabajo autorizó la solicitud de terminación de la relación laboral con el señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA, a partir del 25 de agosto de 2016 por las siguientes razones o fundamentos:

"(...) Ahora bien, este Despacho entiende la preocupación evidente de la solicitante empleadora frente al comportamiento del señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA durante la ejecución del contrato de trabajo y, a partir del primer accidente de trabajo sufrido por el trabajador, quien al parecer se escuda en ellos para evadir sus

responsabilidades y en actitud irresponsable no entender siquiera el llamado de la inspectora comisionada para comparecer a rendir su versión libre como garantía del debido proceso y de su derecho de defensa frente a las razones que sustentan la presente solicitud.

Lo anterior para significar igualmente, sin entrar a cuestionar el fallo de tutela, son las circunstancias de tiempo, modo y lugar que han rodeado las condiciones de salud del trabajador, quien por la documental aportada, habiendo existido oportunamente la valoración definitiva por la Junta Calificadora Nacional de Invalidez, y habiéndosele satisfecho las prestaciones económicas correspondientes con ocasión del accidente o accidentes de trabajo que sufrió, resulta extraño dicho comportamiento del trabajador al no considerar o ponderar la inmediatez que debe existir entre la acción de tutela y el despido o terminación de la relación laboral, pues entre esta y aquella transcurrieron más de nueve (9) meses, comportamiento que resulta igualmente extraño cuando se le cita al Despacho de la Inspección Comisionada y no comparece. De ahí las razones que tuvo el juez de tutela para no acceder a todas las pretensiones en su condición de accionante, máxime cuando conforme a lo expuesto por el representante legal empleador, el señor ROBERTO RODRIGUEZ ARDILA (trabajador) accedió a un cargo en otra empresa, lo cual resultaría incoherente frente a lo sustentado ante el juez de tutela. Sin embargo, ante la evidencia de haberse cumplido con el respectivo proceso de valoración y pago de las respectivas prestaciones económicas y tratándose la vinculación por obra o labor contratada y ante la renuencia del trabajador a comparecer a rendir su versión libre, este Despacho autorizará la terminación de la relación laboral conforme lo expuesto”

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa conforme la prueba recauda dentro del plenario que, al demandante se le garantizó el debido proceso, con la diligencia de descargos, así como a la citación ante el Ministerio del Trabajo, ante lo cual no asistió, resaltando que el demandante tuvo la oportunidad de defenderse y explicar las circunstancias que le estaban endilgando, las cuales no fueron desvirtuadas en dicha oportunidad, así como tampoco en el presente proceso, propendiendo por el debido proceso y el derecho a la defensa a favor de la parte actora, dando cumplimiento de éste modo al Reglamento Interno del Trabajo.

Así pues, se encuentra debidamente acreditada la justa causa invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, en síntesis por haber intentado reubicarlo en diferentes sitios de trabajo con el fin de que pudiera ejecutar una labor determinada, sin embargo no fue posible, máxime si se tiene en cuenta la situación de salud del demandante no fue totalmente adquirida en los accidentes de trabajo que tuvo en vigencia de la relación laboral, como quiera que el actor consultó desde el año 2011 una molestia en el hombro derecho, así como en la planta del pie izquierdo, controles adelantados el 9 de marzo de 2011, 18 de abril de 2011 y 30 de diciembre de 2011, esto es, fecha anteriores al inicio de la relación laboral que se dio el 29 de junio de 2012, por lo que se puede concluir que efectivamente el demandante tenía una pre existencia con anterioridad al ingreso a la empresa

demanda, por lo que no puede aducir que fue con ocasión a sus padecimientos que la empresa decidió terminar la relación laboral, y que pese a ser calificado con el 13.88% de pérdida de capacidad laboral, solicitó ante el Ministerio del Trabajo autorización para dar por terminado su contrato de trabajo, hecho que finalmente sucedió, y que pese a los requerimientos de dicha entidad, el actor no acudió, concluyendo entonces que la empresa ha actuado conforme la Ley.

Igualmente, debe resaltarse que si bien los dictámenes proferidos por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez indican que la fecha de estructuración data del 12 de mayo de 2014, al verificar cada uno de ellos, los mismos se basaron en historia clínica aportada desde el año 2013, o pues eso es lo que relacionan en los dictámenes, por lo que no se tiene certeza que se haya verificado los antecedentes en la historia clínica con antelación al año 2012, situación con la que no hay congruencia en el presente asunto.

Así las cosas, se encuentra plenamente acreditado los hechos endilgados al trabajador en la carta de terminación del contrato de trabajo, que contrario a lo afirmado por el recurrente, coinciden con las imputadas a la parte actora en el proceso disciplinario y en la Resolución 003782 del 22 de diciembre de 2016 expedida por el Ministerio del Trabajo, pues téngase en cuenta que en todas estas documentales relacionadas se acredita la ineptitud en el desarrollo de las funciones por las cuales fue contrastado el demandante, pues el mismo no tiene ánimo de ejecutar las funciones consignadas en el contrato de trabajo, teniendo en cuenta que pretende escudarse en padecimientos de salud, que conforme el material probatorio, no fueron secuelas o como consecuencias de los accidentes de trabajo, sino que venía de tiempo atrás al inicio de la relación laboral, las cuales fueron debidamente acreditadas, los cuales constituyen una falta grave, y en consecuencia, una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Bajo las anteriores consideraciones, no le asiste derecho a la parte demandante a declarar que la relación laboral se dio por terminada sin justa causa, por lo que se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia absolutoria 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 el 09 de noviembre de 2021 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: [11001310502520160038301](https://www.cajadecolombia.gov.co/consulta-expediente/11001310502520160038301)



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

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 32-2018-00343-01

Bogotá D.C., julio veinticuatro (24) de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ERIKA JOHANNA MERLO LUGO
**DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y
DESARROLLO RURAL
FIDUAGRARIA SA
FEDERACIÓN NACIONAL DEL GANADO (Litisconsorte
necesario)**
ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante, así como la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, y FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GANADEROS - FEDEGAN presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 21 de febrero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ERIKA JOHANNA MERLO LUGO** instauro demanda ordinaria laboral contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y FIDUAGRARIA SA** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1) Declarar la ilicitud o nulidad del despido del demandante, en atención a que el señor liquidador del FNG negó la calidad de empleador.
- 2) Ordenar al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el reintegro o reubicación laboral de la accionante al nuevo FNG que actualmente administra FIDUAGRARIA y no está en liquidación.
- 3) Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La NACIÓN – MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, así como la FIDUAGRARIA contestaron la demanda, de acuerdo al auto que data del 20 de septiembre de 2018 (fl. 142). Se opusieron a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

Mediante auto del 5 de abril de 2019, se ordenó la vinculación de la FEDERACIÓN NACIONAL DEL GANADO (fl. 154), quien contestó la demanda, conforme auto del 17 de julio de 2019 (fl. 167).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 30 de noviembre de 2021. **DECLARÓ PROBADAS** las excepciones de inexistencia del fuero circunstancial y cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación formuladas por el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL; falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia del derecho frente al EF CNCL – MADR formuladas por FIDUAGRARIA; y las excepciones de inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido e improcedencia e imposibilidad del reintegro formuladas por FEDEGAN.

ABSOLVIÓ a las demandadas MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y FIDUAGRARIA, así como la vinculada FEDEGAN, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante ERIKA JOHANNA MERLO LUGO.

CONDENÓ en costas a la demandante y a favor de las demandadas y vinculada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA:** Señala que, si bien para el Juzgado de instancia, el verdadero empleador corresponde al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, lo cierto es que, de conformidad con la Ley 1116 de 2006, no puede reducirse el derecho en meras normas, pues el derecho es el conjunto de normas, principios y valores que, no puede superar la jerarquía de la constitución Política.
Indica que el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL es el verdadero empleador, pues no se liquidó, garantizando los derechos laborales de los trabajadores, pues siguió con la nómina, por lo que bien pudo hablarse de una sustitución patronal, pues recuérdese que se provocó de manera dolosa la liquidación del Fondo Nacional de Ganado, lo que generaría un abuso del derecho.
- 2. CALIDAD DE AFILIADA AL SINDICATO DE LA DEMANDANTE:** Indica que, el Juzgado concluyó que no se probó que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tenía conocimiento de la calidad de afiliada de la demandante al sindicato ASOFNG, sin embargo, la certificación de la organización sindical no fue objetada ni tachada de falsa por ninguno de los demandados, documental con la que se acredita que la demandante efectivamente estaba afiliada al sindicato.
- 3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ASOFNG:** Manifiesta que el reproche de la pasividad en iniciar la negociación colectiva, sin embargo, en el expediente reposan documentales donde consta que se le comunicó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el pliego de peticiones tanto a FIDUAGRARIA, como al liquidador, pero no se hizo nada, pese a que hay constancia que el señor liquidador PABLO MUÑOZ concurrió a una Inspección de Trabajo en la ciudad de Bogotá, en donde manifestó que si bien no era el empleador, trasladaba al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para lo de su

competencia. No obstante, el señor Pablo Muñoz, Fiduagraria y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural dijeron que no se sentaban en la mesa a negociar porque no eran empleadores, qué más podía hacer la organización sindical que citarlos ante Inspección de Trabajo para conminarlos, incluso hubo la realización de una audiencia. No puede perderse de vista que a la demandante se le hacían deducciones en su nómina por afiliación a la organización sindical.

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 es procedente ordenar la nulidad o ilicitud del despido del demandante, en atención a que el señor liquidador del Fondo Nacional Ganadero negó la calidad de empleador. **2.** En consecuencia, ordenar al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL el reintegro o reubicación laboral de la accionante al nuevo FNG que actualmente administra FIDUAGRARIA al mismo cargo que venía desempeñando al momento de su despido, o a uno de igual o superior jerarquía, por encontrarse amparada la demandante por la figura de fuero circunstancial.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de controversia, ni de discusión en esta instancia que con ocasión a los contratos celebrados entre el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL y la FEDERACIÓN NACIONAL DE GANADEROS – FEDEGAN, inicialmente en el año 1994, y posteriormente un nuevo contrato celebrado en el año 2005, se contrató a la demandante ERIKA JOHANNA MERLO LUGO mediante contrato a término, en el cargo de Profesional III en la Oficina de Auditoría interna desde el 18 de febrero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2015. Que el anterior contrato se extendió hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual, el liquidador de FEDEGAN dio por terminado el contrato de trabajo, incluyendo el respectivo pago de indemnización, conforme se observa de la liquidación definitiva del contrato (fl. 55

Cuaderno No. 2), carta de terminación (fl. 54 Cuaderno No. 2) y certificación obrante a folio 57 del Cuaderno No. 2 del expediente.

DEL FUERO CIRCUNSTANCIAL:

Sobre el tema del denominado fuero circunstancial es preciso traer a memoria lo previsto en el art. 25 del Decreto 2351 de 1965:

*“...**ARTICULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS.** Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto¹...”*

Del precepto en cita establece una protección especial generada por la coyuntura de la negociación colectiva, que comporta una prohibición para el empleador de despedir **sin justa causa comprobada a los trabajadores involucrados** en un diferendo económico, desde la presentación del pliego de peticiones y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto, cuyo desconocimiento conlleva la ineficacia de su decisión, que supone la continuidad del vínculo contractual con todas sus consecuencias.

En adición a lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia 53378 de 23 de agosto de 2017 ha explicado que en tratándose de trabajadores afiliados al sindicato que presentan un pliego de peticiones, la protección foral tiene como requisito que el **empleador conozca la calidad de sindicalizado del trabajador**.

En este orden de ideas, el máximo Tribunal ha adoctrinado que el período de garantía inicia con la presentación del pliego de peticiones al empleador y culmina cuando el conflicto se soluciona, a través de la firma de la convención o el pacto o hasta que quede ejecutoriado el laudo arbitral, adicionalmente, la interpretación del precepto en cita - artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 -, no conlleva necesariamente que, en todos los casos, la sola presentación del pliego de peticiones al empleador perpetúa la garantía foral hasta la suscripción de una convención, pacto colectivo o la ejecutoria del laudo arbitral, pues existen eventos en los que el conflicto colectivo cesa de manera anormal, como lo es el

¹ Artículo declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-201-02 de 19 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería; Solamente por los cargos analizados en el numeral 5 de la sentencia. Del numeral 5 se extrae 'viola los artículos 2, 13 y 55 de la Constitución, por cuanto excluye a los empleados públicos de la posibilidad de ejercer la negociación colectiva, configurándose además la violación del principio de igualdad entre los empleados públicos, los trabajadores oficiales y privados, pues éstos últimos sí pueden acudir a dicho instrumento'.

incumplimiento de las etapas propias de su solución o, cuando no existe por parte de quienes lo promovieron el interés suficiente de concluirlo².

Bajo esta línea jurisprudencial, si el pliego de peticiones lo presenta una organización sindical, la calidad de trabajador afiliado debe ser conocida por el empleador y, la garantía empieza con la presentación del pliego de peticiones, sin que se pueda entender que la protección foral sea ilimitada.

Ahora bien, señala el apelante que, si bien para el Juzgado de instancia, el verdadero empleador corresponde al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, lo cierto es que, de conformidad con la Ley 1116 de 2006, no puede reducirse el derecho en meras normas, pues el derecho es el conjunto de normas, principios y valores que, no puede superar la jerarquía de la constitución Política. En ese sentido, debe tenerse como verdadero empleador al MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, pues no se liquidó, garantizando los derechos laborales de los trabajadores, pues siguió con la nómina, por lo que bien pudo hablarse de una sustitución patronal, pues recuérdese que se provocó de manera dolosa la liquidación del Fondo Nacional del Ganado, lo que generaría un abuso del derecho.

Así las cosas, a folio 28 del plenario reposa comunicación del entonces Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con fecha 4 de enero de 2016 en la que comunica a los funcionarios y contratistas del extinto Fondo Nacional del Ganado lo siguiente:

“Respetados señores, el pasado 31 de diciembre de 2015, culminó el plazo de ejecución del contrato del asunto, suscrito entre el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN para la administración recaudó e inversión de la contribución parafiscal del fomento del sector ganadero y lechero.

En virtud de lo señalado en el artículo 106 de la ley 1753 de 2015 y el Decreto 2537 del mismo año, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, previo a la suscripción de un nuevo contrato de administración en los términos de la ley 89 de 1993, asumirá temporalmente el recaudo de administración e inversión, de la cuota parafiscal creada por la mencionada norma. Dicha gestión se realizará a través de un encargo fiduciario con Fiduagraria S.A.

Por lo anterior, y como quiera que la administración de los recursos del fondo involucra la observancia de un cometido estatal que involucra la satisfacción de intereses generales, les indicamos que los contratos de operación del fondo tendrán continuidad y normal ejecución, de manera que solicitamos su colaboración la cual, redundará en el normal desenvolvimiento del proceso de transición pretendido.”

² CSJ, Sala Laboral, sentencia 51273 de 02 de junio de 2018.

Obra igualmente autos proferidos por la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual se admitió al Fondo Nacional del Ganado en proceso de reorganización, el nombramiento del señor PABLO MUÑOZ GOMEZ como liquidador de la entidad, y posterior decreto de terminación del proceso de reorganización del FNG, administrado por FIDUAGRARIA SA, quien actuó como mandataria del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la que se advierte en su numeral 22 a folio 138 lo siguiente:

“Vigésimo segundo. Advertir que la declaración de apertura al presente proceso produce la terminación de los contratos de trabajo con el correspondiente cálculo de las indemnizaciones a favor de los trabajadores en conformidad con lo previsto en el código sustantivo del trabajo para lo cual, no será necesaria autorización administrativa o judicial alguna quedando sujetas a las reglas del concurso las obligaciones derivadas de dicha finalización sin perjuicio de las preferencias y prelación que les corresponda.”

En ese orden de ideas, se tiene por acreditado con las pruebas anteriormente enunciadas que, de acuerdo al contrato de trabajo suscrito por la demandante, su empleador FEDEGAN fue liquidado, conforme la terminación del contrato de administración suscrita entre FEDEGAN y el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, concluyendo que éste último asumió la administración del FONDO NACIONAL DEL GANADO, que tal y como lo comunicó el Ministro a los funcionarios y contratistas, se continuaría con las actividades del mismo, razón por la cual, asumió el MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL la calidad de empleador de los trabajadores de FEDEGAN, incluyendo a la aquí demandante, conforme lo indica el apelante.

No obstante lo anterior, para continuar con la resolución de las inconformidades por parte del apelante, respecto de la acreditación de afiliada de la demandante en la Organización Sindical, y con ello establecer si es beneficiaria del fuero circunstancial con la creación de ASOFNG y la presentación del pliego de peticiones, debe señalarse en primer lugar que, la organización sindical ASOCIACION SINDICAL DE EMPLEADOS DEL FONDO NACIONAL DEL GANADO “ASOFEGANFNG” fue constituida como una organización de primer grado y de gremio, con Acta de Constitución No. I-01 del 05 de enero de 2016, con domicilio en la ciudad de Bogotá (fl. 12 Cuaderno Principal); Que posteriormente, cambió su razón social por “ASOFNG” constituida el 29 de diciembre de 2016. Obra certificación de la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio del Trabajo en la que da

consta del depósito del acta de constitución y la Junta directiva de la referida organización sindical.

Ahora bien, reposa certificación a folio 13 del cuaderno principal proferida por el señor Andrew Jeremy Quijano Figueroa – presidente de la organización sindical ASOFNG, en el que indica:

“Que la señora ERIKA JOHANNA MERLO LUGO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.645.679, fue asociado de la Asociación Sindical de Empleados del Fondo Nacional del Ganado – ASOFNG desde el 29 de diciembre de 2015 hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual le fue notificado la terminación del contrato de trabajo por parte del liquidador Pablo Muñoz Gómez, con unos aportes mensuales de veinticinco mil cuatrocientos cuarenta pesos M/Cte (\$25.440)”

Conforme lo anterior, se tiene que más allá de la certificación que se aporta, no se acredita que hayan efectuado descuentos sindicales a la demandante, pues el único documento que se aporta relacionado con pago de nóminas a la demandante es la liquidación de su contrato de trabajo del cual no se verifica ningún descuento por este concepto que permitiera inferir el conocimiento del empleador sobre la afiliación de la demandante a la organización sindical en su nómina, pues la misma no fue aportada como lo manifiesta el apelante, sin embargo, vale la pena concluir, tal y como lo indicó el Juzgador de primera instancia que, no se acredita que se hubiese informado al empleador acerca de la afiliación de la demandante a la organización sindical, razón por la cual se despacha desfavorablemente este punto de inconformidad del apelante.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el reproche de la pasividad de la organización sindical en iniciar la negociación colectiva, al señalar que en el expediente reposan documentales donde consta que se le comunicó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural el pliego de peticiones tanto a FIDUAGRARIA, como al liquidador, pero no se hizo nada, pese a que hay constancia que el señor liquidador PABLO MUÑOZ concurrió a una Inspección de Trabajo en la ciudad de Bogotá, en donde manifestó que si bien no era el empleador, trasladaba al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para lo de su competencia. No obstante, el señor Pablo Muñoz, Fiduagraria y Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural dijeron que no se sentaban en la mesa a negociar porque no eran empleadores, qué más podía hacer la organización sindical que citarlos ante Inspección de Trabajo para conminarlos, incluso hubo la realización de una audiencia

Así las cosas, a folio 29 del cuaderno principal obra comunicación que data del 4 de marzo de 2016 dirigida al entonces Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con asunto “Pliego de peticiones de la Asociación Sindical de Empleados del Fondo Nacional de Ganado – ASOFNG”, en el que se le hace entrega formal del Oficio radicado del pliego de peticiones, junto con el pliego de peticiones mismo, con lo que se podría acreditar en primera medida que se dio inicio a la negociación colectiva por parte de ASOFNG.

No obstante lo anterior, a folio 30 del expediente reposa documental expedida por MINAGRICULTURA con fecha 11 de marzo de 2016 en el que le informan al señor ANDREW JEREMY QUIJANO FIGUEROA – Presidente de ASOFNG lo siguiente:

*“Con relación al Pliego de Peticiones de la Asociación Sindical de Empleados del Fondo Nacional del Ganado – ASOFNG que fue presentado en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para dar inicio a la negociación colectiva a la que hace referencia a la legislación laboral, me permito informarle que **el Ministerio de Agricultura no es el empleador.**”*

Así mismo, mediante comunicación del 28 de marzo de 2016, MINAGRICULTURA le informa al señor ANDREW JEREMY QUIJANO FIGUEROA – Presidente de ASOFNG que:

“Con relación a sus escritos de fecha 14 de marzo de 2016, radicado el 15 de marzo en las oficinas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con el No. 20163130067672, y de fecha 18 de marzo, radicado el día 23 de marzo con el radicado No. 20163130074616, me permito reiterarle que el Ministro no es el empleador, relación que no se puede deducir de la carta del señor Ministro, a la que ustedes hacen mención, de fecha 4 de enero, donde lo que hace es informar sobre la terminación del contrato de administración 026 de 2014 suscrito por el Ministerio con FEDEGAN.”

No obstante, más allá de la presentación del pliego y de los requerimientos que radicó en su momento la organización sindical, no se allegó prueba a este proceso, ni siquiera prueba sobreviniente que hubiese sido válido aceptar y valorar en el momento correspondiente que acreditara que el conflicto colectivo había continuado su trámite o qué por parte del Ministerio del trabajo en algún momento había intervenido requiriendo al Ministerio de Agricultura y/o a cualquiera de los intervinientes a efectos de adelantar ese proceso de negociación.

En ese orden, no se tiene certeza del trámite adelantado a la presentación del pliego de peticiones, máxime si se tiene en cuenta que mediante Oficio del 19 de febrero

de 2020, el Ministerio del Trabajo informó que la solicitud efectuada por el Juzgado no concordaba con el demandante ni la demandada.

Lo anterior se colige con los testimonios recibidos en el plenario, en tanto que el señor ROBERTO BRUCE BECERRA indicó ser en su momento el Jefe de la Oficina Jurídica del Fondo Nacional del Ganado, quien señaló que nunca tuvo conocimiento de un conflicto, que si bien tenía conocimiento de la intención de presentar un pliego, y que había discusión en torno de quien era el empleador, lo cierto es que nunca se radicó un pliego de peticiones.

Por su parte, el señor JESUS EMILIO RIVERA BOCANEGRA, indicó que era afiliado a ASOFNG, y que presuntamente habían radicado el pliego de peticiones, al final se dieron por terminado los contratos de trabajo, por lo que no tiene conocimiento de que trámite se realizó posteriormente.

En ese orden de ideas, no se tiene prueba fehaciente, más allá de la comunicación de abril de 2019, que haya existido efectivamente una negociación colectiva, con posterioridad a la radicación del pliego de peticiones, que como ya se indicó, no hubo una recepción del escrito, ni se le dio trámite al mismo.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la aplicación de la Ley 1116 de 2006 y reducir el derecho en meras normas, pues el derecho es el conjunto de normas, principios y valores que, no puede superar la jerarquía de la constitución Política, pues a su consideración se provocó de manera dolosa la liquidación del Fondo Nacional de Ganado, lo que generaría un abuso del derecho.

Frente al tema, vale la pena recordar que la liquidación de FEDEGAN se realizó en cumplimiento de las normas de reorganización, que, contrario a lo afirmado por el apelante, se dio con ocasión a al régimen de recuperación empresarial en Colombia, lo que conlleva una doble finalidad: proteger la empresa y proteger el crédito, mediante la celebración de un acuerdo de reorganización que atienda los requisitos en virtud de la ley 1116 de 2006, con el que se busca que el deudor normalice sus relaciones crediticias y pueda superar la crisis empresarial sin necesidad de detener su operación.

Así pues, el trámite de insolvencia mediante un proceso judicial y bajo la dirección de un juez especializado, permite poner en equilibrio los diferentes intereses, pero

sobre todo, garantiza a los acreedores que sus derechos son objeto de guarda judicial.

Ahora bien, el artículo 31 de la Ley 1116 de 2006 dispone que, si transcurrido el término de 4 meses previstos en la Ley para que el sujeto concursal presente el acuerdo de reorganización aprobado, éste no lo ha hecho, el juez del concurso declarará el fracaso de la negociación y la terminación del proceso recuperatorio, resaltando que en el presente asunto, el Fondo Nacional del Ganado no cumplió con la carga de presentar el acuerdo de reorganización en el término legal e improrrogable de 4 meses, luego operó de manera inmediata la consecuencia que la misma ley previó para este tipo de casos, que no es otra cosa que la disolución y liquidación del Fondo, y no la liquidación de manera dolosa, como lo pretende hacer ver la apelante.

Teniendo en cuenta lo anterior, el auto que ordenó la terminación y liquidación del Fondo Nacional del Ganado por parte de la Superintendencia de Sociedades goza de total presunción de validez, concluyendo entonces que si bien existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y el Fondo Nacional del Ganado, el mismo se dio por terminado por una causa legal, como lo es la terminación y liquidación de dicho fondo, pagándose la respectiva indemnización, por la fiduciaria encargada, pago que no fue controvertido por ninguna de las partes, no quedando otro camino que despachar desfavorablemente las súplicas incoadas en el recurso de apelación.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia 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 el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Link expediente digital: [11001310503220180034301](https://www.cajadecolombia.gov.co/11001310503220180034301)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2019-00740-01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: JOSE DEL CARMEN PINTO BERNAL
DEMANDADO: TECA TRANSPORTES SA
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 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandante presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 07 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JOSE DEL CARMEN PINTO BERNAL**, instauró demanda ordinaria laboral contra **TECA TRANSPORTES SA**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Declarar que entre el señor **JOSE DEL CARMEN PINTO BERNAL**, y la sociedad **TECA TRANSPORTES SA** existió un contrato de trabajo a

término indefinido, desde el 04 de septiembre de 2013 al 31 de octubre de 2016.

2. Que se declare que el cargo desempeñado fue el de conductor de tracto mula.
3. Declarar que el horario de trabajo fue discontinuo y variable por la actividad que cumplió de conductor de tracto mula.
4. Declarar que el horario de trabajo fue en forma permanente de domingo a domingo.
5. Declarara que el salario correspondió al salario mínimo legal para cada año de servicio, mas un porcentaje constitutivo de salario equivalente al 7% de utilidad por viaje.
6. Declarar que no se pactó cláusula de desalarización de salario en especial como “utilidades por viajes” y “viáticos de viajes”, etc.
7. Declarar que el contrato de trabajo se dio por terminado a partir del 31 de octubre de 2016, por fallecimiento del trabajador.
8. Declarar que en vigencia del contrato de trabajo, no le realizaron los aportes pensionales en el fondo de pensiones COLPENSIONES, sobre el salario real devengado.
9. Declarar que, no le fueron consignadas las cesantías, en el Fondo Privado de Cesantías, sobre el salario real devengado correspondiente del 4 de septiembre al 31 de diciembre de 2013, en febrero de 2014.
10. Declarar que no le fueron consignadas las cesantías en el fondo privado de cesantías sobre el salario real devengado, correspondientes del 1 de enero al 31 de diciembre de 2014, en febrero 14 de 2015.
11. Declarar que, no le fueron consignadas las cesantías, en el Fondo Privado de Cesantías, sobre el salario real devengado correspondiente del 4 de septiembre al 31 de diciembre de 2015, en febrero de 2014 de 2016.
12. Declarar que no le fueron cancelados las prestaciones sociales periódicas a saber; a) intereses a las cesantías, b) cesantías, c) primas de servicios y d) vacaciones en vigencia de su contrato de trabajo, con el salario real devengado.
13. Declarar que a la fecha de terminación del contrato de trabajo, no le fueron canceladas las prestaciones sociales definitivas, sobre el IBL o salario real devengado.
14. Declarar que a la fecha de fallecimiento del ex trabajador, no se realizaron los trámites propios en los términos del Art. 212 del CST.
15. Declarar que, desde la fecha de fallecimiento del ex trabajador, octubre 31 de 2016 hasta julio 08 de 2019, se realizó la consignación de prestaciones sociales en la oficina de depósito judicial del Banco Agrario de Colombia.
16. Declarar que desde la fecha de fallecimiento del ex empleador, octubre 31 de 2016 hasta julio 8 de 2019, se realiza consignación de prestaciones

sociales en la oficina de depósitos judiciales del Juzgado Laboral del circuito de esta ciudad para ser cobrado.

17. Declarar que al consignar las prestaciones sociales hasta julio 08 de 2019, no le han notificado, ni fue informada la demandante de tal hecho.

CONDENAS:

1. A cancelar y re liquidar el salario mínimo legal para todos y cada uno de los año de servicio, mas un porcentaje constitutivo de salario equivalente al 7% de utilidad por viaje.
2. A re liquidar los aportes pensionales en el fondo de pensiones COLPENSIONES, sobre el salario real devengado.
3. A re liquidar las cesantías, que no fueron consignadas en el fondo de cesantías, sobre el salario real devengado correspondientes al 4 de septiembre a 31 de diciembre de 2013, sobre el salario real devengado.
4. A re liquidar las cesantías, que no fueron consignadas en el fondo de cesantías, sobre el salario real devengado correspondientes del 01 de enero al 31 de diciembre de 2014.
5. A re liquidar las prestaciones sociales periódicas a saber: s) intereses a las cesantías, b) cesantías, c) primas de servicios, y d) vacaciones en vigencia de su contrato de trabajo, con el salario real devengado.
6. A pagar la sanción moratoria, desde la fecha de fallecimiento del ex trabajador, octubre 31 de 2016, hasta julio 08 de 2019, fecha en que se realiza consignación de prestaciones sociales en la oficina de depósito judiciales del Banco Agrario de Colombia.
7. A pagar la sanción moratoria del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto las cesantías no le fueron consignadas en su oportunidad.
8. La indemnización moratoria por la falta de pago de prestaciones sociales, a razón de un día de salario por cada día de mora en el pago a realizar, por cuanto no le fueron cancelados, ni liquidados en debida forma.
9. A todas y cada una de las sumas a pagar, conforme la variación de índices de precios al consumidor, para el reconocimiento del poder adquisitivo de la moneda.
10. Costas del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **TECA TRANSPORTES SA**, 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 23 de enero de 2020.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de noviembre de 2021, decidió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de relación laboral entre el señor **JOSÉ DEL CARMEN PINTO BERNAL** y la demandada **TECA TRANSPORTES S.A** entre el 04 de septiembre de 2013 al 31 de octubre de 2016 desempeñando el cargo de conductor.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **TECA TRANSPORTES S.A** a pagar a favor de la sucesión del señor **JOSÉ DEL CARMEN PINTO BERNAL** quien en vida se identificó con la C.C. 41.125.230 la indemnización de que trata el artículo 65 en razón de 840 días entre el 01 de abril de 2017 al 08 de julio de 2019 por la suma de diecinueve millones trescientos cuatro mil setecientos cuarenta pesos \$19.304.740.

TERCERO: ORDENAR a la empresa demandada hacer las gestiones necesarias tanto en el Banco Agrario de Colombia como en el Despacho judicial en el cual reposa el título judicial 400100007690675 por valor de un millón setecientos noventa y dos mil quinientos ochenta y tres pesos (\$1.792.583) con el fin de hacer la corrección de los apellidos del causante, esto es, **PINTO BERNAL** y no **PINTO AYALA** como erróneamente quedó consignado.

CUARTO: Se condena en **costas** al demandado en cuantía de 500.000.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada por las demás pretensiones.

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. **SANCIÓN NO CONSIGNACIÓN CESANTÍAS:** Solicita se modifique la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se acceda a la sanción establecida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, como quiera que las cesantías deben cancelarse de manera periódica, esto

es, año a año, y el empleador no realizó de ésta manera los aportes a las cesantías a favor del ex trabajador, en un fondo de cesantías.

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 hay lugar o no a condenar a la empresa TECA TRANSPORTES SA la sanción por no consignación de cesantías de que trata el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Sea lo primero precisar, que no fue motivo de inconformidad la existencia de un contrato de trabajo con vigencia desde el 4 de septiembre de 2013 al 31 de octubre de 2016 entre el señor JOSE DEL CARMEN PINTO BERNAL (QEPD) y la sociedad TECA TRANSPORTES SA, desempeñando el cargo de conductor.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990:

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

En el caso en cuestión, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL3936-2018, en donde la Corte reflexionó «*Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que,*

igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta».

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos, al efectuar un análisis pormenorizado de las pruebas recaudadas, esta Sala considera que no se encuentra acreditada la buena fe en el comportamiento de TECA TRANSPORTES SA, en el pago de las prestaciones sociales del ex trabajador y durante el término en que se ejecutó la relación laboral, dadas las circunstancias establecidas en el proceso, en las que se desarrolló el vínculo contractual, y en consecuencia, no se evidencian razones atendibles para sustraerse de sus obligaciones como empleador, en la omisión en la consignación del auxilio de cesantía en un fondo.

Así pues, conforme las pruebas arrimadas al plenario, se observa liquidación de prestaciones sociales en la que le incluyen el valor de cesantías por 360 días, lo que quiere decir que le cancelaron las cesantías del último año laborado.

No obstante lo anterior, no se observa documental alguna con la que se acredite que efectivamente al señor JOSE DEL CARMEN PINTO BERNAL le hayan consignado las cesantías de los años 2013 y 2014 y fracción de 2015 a un fondo de cesantías, como se indica, tan solo se le cancelaron las cesantías del último año laborado.

Para efectuar el cálculo de la sanción moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, debe precisarse que la misma se hace exigible el 15 de febrero de cada anualidad, respecto al auxilio de cesantía causado en el año inmediatamente anterior, pues antes de dicha data el empleador debe consignarlo en el fondo de elección del trabajador, y de incumplir ese plazo, debe pagar un día de salario por cada día de retardo. Para su liquidación, ha de tenerse en cuenta el salario base de liquidación de cada auxilio de cesantía que origina la sanción moratoria por la omisión en su consignación, sin que en ningún caso se cause de manera concomitante o simultánea, con la misma sanción por el siguiente periodo de causación del derecho o con la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST, con efecto ocurre en el presente caso, pues la sanción moratoria condenada en primera instancia fue condenada a partir del 01 de abril de 2017 al 08 de julio de 2019.

Es por lo anterior que habría lugar de revocarse parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, puesto que se estableció en el proceso que la demandada no consignó anualmente el auxilio de cesantías, para en su lugar ordenar su condena, de no ser porque la relación laboral se dio por terminada el 31 de octubre de 2016, y presentó la demanda el 30 de octubre de 2019, razón por la cual se encuentran prescritas las prestaciones causadas con anterioridad al 30 de octubre de 2016.

Recuérdese que la indemnización por no consignación de cesantías adeudadas datan de las no consignadas el 14 de febrero de 2014, 14 de febrero de 2015 y 14 de febrero de 2016, razón por la cual habrá de **DECLARARSE PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRICIÓN**, y como consecuencia de ellos, **ABSOLVER** a TECA TRANSPORTES SA de la sanción por no consignación de auxilio de cesantías establecida en el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.

Finalmente, como quiera que la condena por concepto de sanción moratoria de que trata el Art. 65 del CST no fue objeto expreso de apelación, la Sala se releva de su estudio.

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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de septiembre de 2021, para en su lugar **DECLARAR** que la empresa TECA TRANSPORTES SA no acreditó el pago y/o consignación de las cesantías de cada anualidad.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRICIÓN, y como consecuencia de ellos, **ABSOLVER** a TECA TRANSPORTES SA de la sanción por no consignación de auxilio de cesantías establecida en el Núm. 3 del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.

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.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link expediente digital: [11001310503520190074001](https://www.corteconstitucional.gub.ve.gov.ve/11001310503520190074001)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 35-2020-00391-01

Bogotá D.C., Veinticuatro (24) de julio dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS
DEMANDADO: LAVMAN INGENIEROS SAS
MAQUINAS AMARILLAS SAS
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDANTE Y
DEMANDADA – LAVMAN INGENIEROS SAS)

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante y demandada (LAVMAN INGENIEROS SAS) en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 35º Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de abril de 2022 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada (LAVMAN INGENIEROS SAS) presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 1 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS, instauró demanda ordinaria laboral contra de LAVMAN INGENIEROS SAS y MAQUINAS AMARILLAS SAS, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que entre LAVMAN INGENIEROS SAS y MAQUINAS AMARILLA SAS, como empleadores y el señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS, como trabajador existió una relación de trabajo desde el 16 de febrero de 2010 hasta el 8 de septiembre de 2020, sin solución de continuidad, según regulación de los arts. 22, 23 y 24 del CST.
2. Que se declare entre las partes, durante el curso de la relación laboral, se pactó un salario básico mensual de \$595.000 pesos más subsidio de transporte.
3. Que se declare que los demandados no pagaron al actor las cesantías de los periodos 2011 a 2020.
4. Que como consecuencia, se condene a los demandados a pagar al actor las cesantías de los periodos 2011 a 2020.
5. Que como consecuencia, se condene a los demandados a pagar un día de salario por cada día de mora, desde el 15 de febrero de 2011 hasta el 8 de septiembre de 2020, conforme lo previsto en la Ley 50 de 1990, Art. 99 Numeral 3º.
6. Que se declare que los demandados no pagaron al demandante la prima de servicios desde junio de 2010 hasta junio de 2020.
7. Que como consecuencia, se condene a los demandados a pagar al actor la prima de servicios desde junio de 2010 hasta junio de 2020.
8. Que se declare que los demandados no pagaron al actor la liquidación de prestaciones sociales al finalizar la relación laboral.
9. Que como consecuencia, se condene a los demandados a pagar al actor un día de salario por cada día de mora en el pago de las deudas laborales, según relación del artículo 65 del CST, modificado por la Ley 789 de 2002, Art. 29.
10. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Los demandados contestaron la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 21 de julio de 2021.

REFORMA DE LA DEMANDA

La parte demandante presentó reforma de la demanda, con el objeto de incluir nuevos hechos y pruebas. Los demandados contestaron la reforma de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 15 de diciembre de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 35° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 6 de abril de 2022, **CONDENÓ** a LAVMAN INGENIEROS SAS a pagar a favor del señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS las siguientes sumas de dinero:

1. Por concepto de cesantías la suma de \$6.766.930
2. Por concepto de prima de servicios \$2.445.628
3. Por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$29.260,1 a partir del 9 de septiembre de 2020 y hasta cuando el pago atrás señalado de prestaciones objeto de condena se verifique.
4. Por concepto de sanción por la no consignación del auxilio de cesantías la suma de \$22.091.030,03.

ABSOLVIÓ a la sociedad MÁQUINAS AMARILLA SAS de todas y cada una de las prestaciones incoadas en su contra por parte del señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS.

CONDENÓ en costas a la parte demandada LAVMAN INGENIEROS SAS, por lo tanto, señaló como agencias en derecho a su cargo, la suma de \$1.000.000.

DECLARÓ PROBADA la excepción propuesta por la demandada MAQUINAS AMARILLAS SAS denominada falta de causa e inexistencia de la obligación. Respecto a LAVMAN INGENIEROS SAS de declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás.

RECURSO DE APELACIÓN

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

1. **PRESCRIPCIÓN INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO DE CESANTÍAS:**
Señala que se encuentra en desacuerdo con la excepción de prescripción que aplicó en la condena que se hizo desde el año 2017, como quiera que las cesantías no prescriben, en atención que estas solo se hacen exigibles a partir de momento de la terminación del contrato de trabajo, y sería a partir de ésta fecha en que se debe contar el término de prescripción.

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

1. **INCAPACIDAD – FUERZA MAYOR:** Señala que se encuentra en desacuerdo la manifestación relacionada a que la incapacidad no es una fuerza mayor, teniendo en cuenta que el artículo 64 del CC regula la figura de fuerza mayor, y establece que son hechos ajenos a imprevistos de las partes, no se puede exigir una autorización al Ministerio del Trabajo, conforme lo formuló la sentencia T 035 de 2022, precisamente con fundamento en el principio de la irretroactividad, lo que quiere decir que no se puede aplicar sentencias a situaciones consolidadas con anterioridad.
2. **CESANTÍAS:** Afirma que se omitió la valoración de las pruebas, en tanto que se aportó en la contestación de la demanda los comprobantes de consignación de la cancelación de las cesantías al demandante, razón por la cual no hay lugar a condenar a las cesantías desde el año 2010.
3. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA:** Si bien la misma no procede de manera automática, tal y como lo indicó el Juzgado de instancia, lo cierto es que existe una sentencia que ordena a la demandada a hacerse cargo única y exclusivamente de los aportes a seguridad social. Por otro lado, no debe perderse de vista que siempre actuó de buena fe, dentro de su actuar fue transparente, la carta entregada al demandante en diciembre del 2015, en donde se le informa que, de acuerdo a los resultados de la acción de tutela, no le serían cancelados primas ni cesantías.
Adicional a esto, el numeral 4 de la documental allegada, acta de la sentencia de conciliación de noviembre del 2019, se observa que el señor Luis Fernando Ramos, manifiesta que no concilia el concepto de cesantías, teniendo en cuenta que estos valores no se le entregan en efectivo, esto acredita y demuestra que la demandada siempre ha actuado de buena fe, entonces no se puede concluir que se ha buscado afectar al demandante, sino que, todo lo contrario, siempre se le ha informado de manera orientadora sobre el objeto de su reclamación.
4. **SALARIO:** Indica que no puede pretenderse un salario igual a los demás trabajadores, cuando no se conlleva el mismo esfuerzo, sería una situación inequitativa, en tanto que se deben aplicar las mismas condiciones a las mismas consecuencias que una persona que todos los días sale a trabajar, por lo que no puede beneficiarse una persona que se encuentra en una incapacidad, de la persona que sale todos los días a trabajar.

Lo anterior, como quiera que si la persona esta incapacitada, se le reconoce auxilio por incapacidad, no se le reconoce salario, pues no hay días laborados. Si el trabajador no acredita los días laborados, mal

podría decirse que se tienen los elementos establecidos para llevar a cabo la liquidación.

Finalmente, señala que la prórroga de las incapacidades, es una carga que, de acuerdo al sistema general de seguridad social debe ser asumido por los distintos actores, y no solamente por la empresa que se encuentra haciendo los aportes, de manera que se divide el factor en 3 elementos a saber: 1. El empleador debe cancelar el valor a cotizaciones, 2. La EPS debe dar el tratamiento asistencial y 3. El fondo de pensiones tiene que asumir el tratamiento de las cargas de carácter económico, de cara a que son 3 actores encargados de la mejoría del trabajador y de esta manera no puede establecerse que exista algún tipo de obligación más allá del pago de los aportes de la seguridad social, incluso reafirmado por sentencia de tutela que indico que la demandada solamente debe pagar aportes a la seguridad social, que le obligue a hacerse cargo de prestaciones sociales en las mismas condiciones que el resto de trabajadores que todo el día salen a laborar.

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 de conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, es procedente condenar al pago del auxilio de cesantías, o si como lo manifiesta el apoderado de la demandada, ya fueron canceladas. **2)** Sí es procedente aplicar la excepción de prescripción a la indemnización por no consignación de cesantías. **3)** Si la incapacidad otorgada al demandante constituye un caso de fuerza mayor, y en caso que se acredite que estaba incapacitado, es procedente reconocerle salario por ese periodo. **4)** Indemnización Moratoria de que trata el Art. 65 del CST.

DE LA RELACIÓN LABORAL:

No fue motivo de discusión, además porque fue aceptado por las partes que, el señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS fue vinculado a la sociedad demandada LAVMAN INGENIEROS SAS, a través de un contrato de trabajo por obra o labor, a partir del 16 de febrero de 2010, para desempeñar el cargo de conductor,

conforme las certificaciones laborales expedidas el 26 de enero de 2016 (fl. 4 Archivo 4), 9 de mayo de 2019 (fl. 5 archivo 4), 28 de diciembre de 2015 (fl. 11 archivo 23) y 9 de septiembre de 2020 (fl 87 Archivo 18); así como de la renuncia presentada por el actor (fls. 1 y 2 del archivo 4), y aceptación de la renuncia en comunicación del 9 de septiembre de 2020 (folio 4 Archivo 4), y contrato de obra de trabajo de duración de la obra labor contratada visible a folios 95 a 98 del expediente digital.

SI LA INCAPACIDAD OTORGADA AL DEMANDANTE CONSTITUYE UN CASO DE FUERZA MAYOR, Y EN CASO QUE SE ACREDITE QUE ESTABA INCAPACITADO, ES PROCEDENTE RECONOCERLE SALARIO POR ESE PERIODO

Quedo entonces demostrado en el trámite de primera instancia, y no fue objeto de discusión que el señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS y la sociedad LAVMAN INGENIEROS, estuvieron vinculados mediante un contrato de trabajo por obra labor, vigente desde el 16 de septiembre 2010 al 8 de septiembre 2020, fecha en que el actor presenta renuncia y que el cargo que desempeñó fue el de conductor, devengando un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, que de conformidad con el folio 10 del archivo 23, se liquidaron las vacaciones del actor, y que de conformidad con el folio 14 del archivo 23, el demandante fue reubicado, en cumplimiento de las recomendaciones médicos laborales emitidas por medicina de trabajo y laboral de la EPS CRUZ BLANCA.

En ese orden de ideas, presentó inconformidad el apoderado de la demandada, en cuanto a que el demandante presentó incapacidades ininterrumpidas desde 2010 por lo tanto, no existe fundamento legal para el pago de prestaciones cuando no se desarrolló la actividad ni se ejecutó la labor contratada, por lo tanto su pago resulta improcedente, y en ese sentido operó para el contrato de trabajo suscrito con el demandante la figura de fuerza mayor, lo que impedía al empleador que se encontrará en la obligación de reconocer prestaciones al demandante, más cuando la sentencia de tutela proferida por el juzgado 51 penal municipal con función de control de garantías, únicamente ordenó a la empresa continuar con el pago de aportes a seguridad social.

Así las cosas, y de conformidad con la prueba allegada al plenario, se observa que el señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS, estuvo incapacitado desde el 13 de junio 2012 hasta el 7 de julio de 2015, de ello da cuenta el contenido de la sentencia del 3 de julio de 2015, proferida por el Juzgado 51 Penal Municipal con Función de Garantías, visible a folio 112 a 127, del archivo 18, del expediente digital.

De igual manera, con el documento de folio de 51 a 76 y 81, del mismo archivo digital, aparece incapacidad del actor en el interregno del 20 de mayo de 2019 al 20 de agosto del año 2020. Aunado a lo anterior, el demandante en su interrogatorio de parte señaló que su incapacidad se prolongó por el término de 10 años.

Teniendo en cuenta lo anterior, y si bien en el expediente se acredita que el demandante ha sido objeto de diferentes incapacidades, las cuales han sido continuas desde el año 2010, lo cierto es que tal situación no configura una causal de suspensión del contrato de trabajo.

Así mismo, debe señalarse que si bien las entidades de Seguridad Social le reconocieron el auxilio de incapacidades por los periodos en que el demandante estuvo incapacitado, lo cierto es que, la subrogación en el pago de dicho auxilio, las demás obligaciones se encuentran en cabeza del empleador, y por lo anterior no puede la empresa pretender liberarse del pago de prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador, pues a pesar de que no exista una prestación efectiva del servicio por el cual fue contratado, el vínculo no se termina, ni se suspende el contrato de trabajo, máxime si se tiene en cuenta que al estar el demandante frente a una estabilidad laboral reforzada, dada su condición de salud en vigencia del vínculo laboral, su contrato no podía ser suspendido por decisión del propio empleador, en tanto que al considerar que existía una causal taxativa que así lo permitiera, la demandada estaba en la obligación de acudir a la autorización del inspector del trabajo, situación que no sucedió.

En orden a lo que se viene exponiendo, independientemente al número de incapacidades otorgadas al actor, la sociedad demandada LAVMAN INGENIEROS estaba en la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales causadas en vigencia del vínculo laboral, en los montos y fechas establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL4216 de 2022, en la que la H. Corte Suprema de justicia reiteró el criterio relacionado a la no suspensión del contrato de trabajo, pese a las incapacidades otorgadas a los trabajadores así:

*“Al respecto, esta Corte ha sostenido en sentencia CSJ SL, 15 abr. 1997, rad. 9119, reiterada en CSJ SL727-2021, CSJ SL3836-2021 y CSJ SL954-2022 que **en periodo de incapacidad no se suspenden las relaciones laborales y producen plenos efectos, lo que implica que las obligaciones del empleador, entre ellas, el pago de seguridad social en pensiones, no pueden soslayarse, pues permanecen inalterables.**”*

De acuerdo con lo expuesto, se despacha desfavorablemente la súplica del apoderado de la parte demandada, en el sentido de declarar que pese a las múltiples incapacidades otorgadas al señor LUIS FERNANDO RAMOS ROJAS, estaba en la obligación de cancelar las prestaciones sociales y demás obligaciones que estuvieran a su cargo, y que tal situación no constituye una fuerza mayor, ni mucho menos, una causal que suspenda la vigencia del contrato laboral.

AUXILIO DE CESANTÍAS

Ahora bien, Juzgador de primer grado condenó a la sociedad demandada LAVMAN INGENIEROS a reconocer y pagar al señor LUIS ALBERTO RAMOS ROJAS la suma de \$6.766.930 por concepto de cesantías.

Al respecto, el artículo 249 del código sustantivo del trabajo, indica:

“Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este Capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.”

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación, indicando que, el Juez de primera instancia no valoró la documental allegada al plenario, en tanto que la misma acredita con los comprobantes de consignación de la cancelación de las cesantías al demandante, razón por la cual no hay lugar a condenar a las cesantías desde el año 2010.

Al revisar la documental que obra en el plenario, reposa escrito presentado por el demandante en el que reconoce que este emolumento fue pagado en el 2015, sin embargo también aparece documento mediante el cual, el actor reclama las cesantías desde el año 2015, sin embargo de ésta sola afirmación no se puede tener por acreditado su pago, máxime cuando no obra constancia de las cesantías de los años 2016 a 2020, que hubiesen sido consignadas en un fondo, conforme lo dispone el artículo 99 la ley 50 de 1990, en tanto que si bien reposa certificación de cesantías al fondo PROTECCIÓN a folio 82 del Archivo 18 Contestación, la misma tan solo se refleja cotizaciones de los años 2011 a 2015, sin que obre prueba alguna que se haya consignado el auxilio de cesantías con posterioridad a dicha anualidad, recordando que el contrato de trabajo estuvo vigente hasta el 8 de septiembre de 2020.

Al no acreditar que hubiesen sido consignadas las cesantías del demandante a un fondo, se **CONFIRMARÁ** la condena impuesta por este concepto, sin entrar a determinar el valor exacto condenado, por no ser objeto expreso de apelación.

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS ART. 99 LEY 50 DE 1990

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato. No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

El Juzgado de primera instancia condenó a la demandada por concepto de sanción por la no consignación del auxilio de cesantías la suma de \$22.091.030,03; desde el 8 de septiembre de 2017 hasta la fecha en que fue declarada la prescripción.

Le mereció reparo la anterior decisión a la parte demandante, en tanto, a su consideración, la excepción de prescripción que aplicó en la condena que se hizo desde el año 2017 no debió aplicarse, como quiera que las cesantías no prescriben, en atención que estas solo se hacen exigibles a partir de momento de la terminación del contrato de trabajo, y sería a partir de esta fecha en que se debe contar el término de prescripción.

No obstante lo anterior, se ha adoctrinado que la prescripción no corre de igual forma sobre las cesantías que por la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes. En efecto, se ha explicado que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que sobre la sanción moratoria, a la que se refiere el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar. Así las cosas, la exigibilidad, en este último evento, inicia desde ese día

Frente al tema, vale la pena traer a colación la sentencia SL912 de 2023, en la que ha adoctrinado:

“Así las cosas, la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía en un fondo, no recorre la misma senda en materia de prescripción de las cesantías como tales, pues si bien en este último evento el plazo extintivo solo empieza a contabilizarse a partir de la terminación de la relación laboral, para la indemnización moratoria por la no consignación en los fondos, se itera, dicho término comienza a correr de manera independiente y desde el día siguiente en que se vence el plazo para su depósito, y eso es lo que tuvo en cuenta el juez plural para decretar la prescripción de dicha sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.”

Conforme a los lineamientos antes expuestos, se despacha desfavorablemente las súplicas del apoderado de la parte demandante, imponiendo la **CONFIRMACIÓN** del A Quo en este punto de decisión.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST.

Por su parte, el artículo 65 del CST dispone que *si a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Al respecto, nuestro máximo órgano de cierre en reciente jurisprudencia SL 394 de 2023, que a su vez trajo a colación la sentencia SL 1639 de 2020 adoctrinó:

“v) Indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990, y 65 del CST.

Respecto de estas indemnizaciones, la Sala de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020).”

Así mismo, en sentencia SL 206 de 2023:

“Sabido es que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no opera de manera automática, sino que, en cada caso, es menester auscultar los medios de convicción, con el fin de verificar si el

empleador actuó asistido de buena fe. Solo en caso contrario, es procedente fulminar condena por este rubro.

Un estudio cuidadoso de las situaciones acreditadas en el proceso lleva a la Sala a concluir que no existieron justificaciones válidas para que la empresa encausada se abstuviera de pagar la liquidación final de salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral. Por el contrario, lo que se advierte es que, a pesar de que la actora presentó renuncia el 3 de agosto de 2017, sin razón comprensible, Delcop Colombia S.A.S. decidió sufragar lo adeudado pasados 42 días desde de la finalización del vínculo contractual, a pesar de que claramente la norma impone su solución «a la terminación del contrato»; es decir, de forma inmediata.”

Así las cosas, se observa una actitud renuente de la parte demandada en reconocer las prestaciones sociales, en atención de las múltiples incapacidades reconocidas al actor, pues pretendía incluso suspender la vigencia del contrato de trabajo, esto demuestra por el contrario, que su actuar estuvo revestido de mala fe, pues se acreditó que el demandado intentó suspender, de manera unilateral, la vigencia del contrato, con el fin de omitir su obligación en el pago de las prestaciones sociales a favor del 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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de abril de 2022 conforme las consideraciones que anteceden.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503520200039101](https://www.gub.ve/11001310503520200039101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 3-2020-00255-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARLY JOHANNA VERA DIAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personaría jurídica como apoderada de AFP PORVENIR SA al abogado DANIEL FELIPE RAMIREZ SANCHEZ CC 1070018966 y TP 373906 del CSJ, conforme a documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por **MARLY JOHANNA VERA DIAZ** a través de Porvenir SA. Por vicios del consentimiento. Condenar a AFP Porvenir SA, a devolver a Colpensiones los aportes de la demandante. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de abril 9 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 26 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de noviembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **MARLY JOHANNA VERA DIAZ** el 14 de marzo de 1996 a Porvenir, declarándola válidamente afiliada a Colpensiones. Condeno a AFP Porvenir SA a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió por la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos financieros, devolver los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y con cargo a sus propios recursos. Impuso constas a las demandadas. Ordeno a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los dineros de Porvenir, activando la afiliación de la demandante como si nunca se hubiere trasladado, y actualice la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas; e impuso costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, no comparta la condena en costas; pues la negativa a recibir a la demandante en Colpensiones se ajusta a la ley, pues no es posible el traslado cuando le falten diez años o menos para llegar a la edad pensional, y eso ocurrió en este caso. La demandante simplemente ratifico su ánimo de pertenecer en el RAIS al permanecer por más de 25 años, y nunca demostrar inconformidad tampoco se acercó a Colpensiones a pedir asesoría sobre su futuro pensional. Colpensiones siempre actuó de buena fe y no tuvo ninguna injerencia en el cambio de régimen de la actora.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **MARLY JOHANNA VERA DIAZ** el día 14 de marzo de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 14 de marzo de 1996 (f. 36 demanda).

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

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la

ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo, certificado de afiliación, e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporto: HL consolidada, formulario Porvenir 1996, formulario Horizonte 2007, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, formulario pensión voluntaria Horizonte 2008, petición de nulidad, comunicación de marzo 11 de 2020, bono, HL bono, SIAFP, documento de viabilidad, comunicado de prensa, concepto SIF 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de marzo de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la

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

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 14 de marzo de 1996, la demandante tenía 4.14 semanas (f.45 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 1 de marzo de 1967 f.5 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 840 semanas, (f.25 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 14 de marzo de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado

información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES (ya que el a quo no ordeno indexarlos). Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a imposición de costas en esta instancia, pues tal como lo asevero en la apelación Colpensiones, nada tuvo que ver el fondo público en el negocio jurídico realizado entre las partes al momento del cambio de régimen que se declara ineficaz; y su concurrencia al proceso lo hace por ministerio de la ley; siendo evidente que las costas impuestas a Colpensiones en primera instancia deben ser revocadas.

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 17 de noviembre de 2022 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR 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, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones se revocan.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Marly Johanna Vera Díaz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**003-2020-00255-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **88259e3f2b19bd7f479d692b36c289254df7fe06541f8ff40b39c20f9dbf6dd2**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:55 AM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 7-2020-00009-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: ELEONORA VIZCAINO PABON
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA.
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes a través de sus procuradores judiciales presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 20 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ELEONORA VIZCAINO PABON instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA** como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la demandante **ELEONORA VIZCAINO PABON** del RPM AL RAIS, efectuado a través de AFP COLFONDOS SA el 11 de febrero de 1999 por omisión de información. Condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones, y gastos de administración. Condenar a Colpensiones a actualizar la historia laboral. Condenar en costas a las demandadas, y ultra y extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 20 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de agosto 17 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 1 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado por **ELEONORA VIZCAINO PABON** en la AFP COLFONDOS SA el 11 de febrero de 1999. Ordenar a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos generados. Ordenar a Colfondos devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenar a Colpensiones recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM. Declarar no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a Colpensiones y Colfondos. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES apela la decisión, manifiesta que no está de acuerdo con la declaración de ineficacia del traslado, pues esta decisión afecta el patrimonio de Colpensiones. La demandante no está exonerada del deber de ilustrarse frente a las

consecuencias del cambio de régimen pensional, D 2241 de 2010 donde establecen las obligaciones de los afiliados. La demandante no está discapacitada, y su actitud fue negligente, tampoco hizo uso del derecho a retracto que está en el formulario de afiliación. Se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, y debe primar el interés general sobre el particular. Se violentan los principios de solidaridad, equidad y sostenibilidad. No está de acuerdo con la condena en costas, pues Colpensiones no tuvo nada que ver en la decisión de trasladarse al RAIS la demandante.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **ELEONORA VIZCAINO PABON** el día 11 de febrero de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 11 de febrero de 1999 (f.38 demanda).

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

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: historia laboral y expediente administrativo; COLFONDOS: aporte SIAFP, formulario de afiliación, estado de afiliación y artículo del Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 11 de febrero de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación

profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta que, del interrogatorio de parte realizado 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 11 de febrero de 1999, la demandante tenía 208 semanas (f.52 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 25 años (nació el 9 de abril de 1969 f.33 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener la edad y las semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos SA, la demandante había cotizado 1,201 semanas, (f.52 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 11 de febrero de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Respecto a las costas en primera instancia a cargo de Colpensiones, le asiste razón a la apelante, pues en realidad Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico que origino el traslado de régimen, el cual se dio entre la actora y AFP COLFONDOS, el cual solo en este proceso se declara ineficaz, y Colpensiones necesariamente debe concurrir por ministerio de la ley. Por tanto se revocaran las constas impuestas a Colpensiones, en primera 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: ACLARAR la sentencia proferida el 1 de febrero de 2023 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y

aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por Colfondos debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia impuestas a Colpensiones se revocan.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Eleonora Vizcaino Pabón
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2020-00009-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **d68bb3c9224420228e8b9d7fb3f812fafa8fc491409fa1b6d41e1ea9c813f46b**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:56 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 8-2020-00093-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: JAQUELINE RODRIGUEZ GUERRA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: APELACION COLPENSIONES Y PORVENIR, Y CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir SA, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 6 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica como apoderada de AFP PORVENIR SA a la abogada VALENTINA GOMEZ TRUJILLO CC 1012459669 y TP 366614 del CSJ, conforme a documentos adjuntos. Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en

auto de 20 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare que Horizonte (Porvenir) asesoro equivocadamente a **JAQUELINE RODRIGUEZ GUERRA** trasladándola del ISS hoy Colpensiones y declarar la ineficacia de dicha afiliación. Condenar a Porvenir a trasladar a ls demandante a Colpensiones junto con los aportes, rendimientos, semanas cotizadas, para que Colpensiones defina su situación pensional. Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 18 de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de agosto 10 de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 6 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **JAQUELINE RODRIGUEZ GUERRA** el 28 de noviembre de 1994 a Porvenir. Condeno a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante. Condenar a AFP Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses. Condeno a Colpensiones a aceptar los dineros que devuelva Porvenir y ajustar la historia pensionar de la demandante. Impuso constas

a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones y Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR no está de acuerdo con la decisión, ya que la demandante esta inmersa en la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 100/93, al faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional. En cuanto a la información brindada en 1994 por Horizonte, en ese momento las AFP no estaban obligadas a la doble asesoría, y solamente debían suscribir el formulario de afiliación con la leyenda preimpresa que se hacía voluntariamente y sin presiones. La superintendencia Financiera señala que la doble asesoría nació a la vida jurídica solo a partir del decreto 2241 de 2010 y así lo ratifica en el concepto de 2017. Frente a la devolución de gastos de administración, estos se hicieron cumpliendo la ley 100/93 artículo 20 al igual que las primas de seguros previsionales. Estos gastos se usan, no solo para administrar los recursos, sino para generar rendimientos que entran a la cuenta de ahorros de la demandante, y si la decisión es volver las cosas al estado anterior, no se deben devolver los rendimientos, pues estos no se producen en el RPM. En cuanto a devolver los valores indexados, se estaría produciendo una doble sanción, pues al ordenar devolver los rendimientos no se puede ordenar que se devuelvan indexados, produciendo dos condenas por un mismo concepto. En este caso se trata de una persona que si conocía las condiciones del RPM y del RAIS, pues trabajo 8 años para Porvenir como asesora comercial, y a pesar de esto se mantuvo en el RAIS solicitando la ineficacia solo solo cuando estaba dentro de la prohibición legal de trasladarse.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, pues Colpensiones no comparte el análisis del despacho, en especial el interrogatorio absuelto por la demandante. No estamos ante una afiliada lega, pues la demandante ostento la condición de asesora comercial durante 8 años, y es evidente que esa condición le permitió el conocimiento necesario para permanecer libremente durante 25 años en el RAIS. En el interrogatorio incurre en una serie de contradicciones pues aseguro que se afilio cron la promesa de una mejor pensión. Sobre las capacitaciones, solo dijo que allí le dijeron que Porvenir era un mejor fondo, y daba mejores mesadas, y su labor en Porvenir fue netamente administrativa. Si se confirma la ineficacia, el perjuicio que se causa debe ser a cargo de Porvenir, y no de Colpensiones. Pues se afecta la estabilidad financiera de Colpensiones.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., efectuado por **JAQUELINE RODRIGUEZ GUERRA** el día 28 de noviembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. 28 de noviembre de 1994 (f. 57 demanda), luego el 4 de septiembre de 2000 se trasladó a Porvenir SA(f.58 demanda).

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

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

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

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

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

2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9-** Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-** Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: HL consolidada, relación de movimientos, certificado de afiliación, carta de abril 7 de 2011, respuesta solicitud estudio vejez 2019, bono pensional, formulario afiliación 2000, y 1994, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de noviembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

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

Claramente para el momento del traslado 28 de noviembre de 1994, la demandante tenía 73 semanas (f.40 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 25 de mayo de 1964 f.19 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.182 semanas, (f.40 anexos demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 28 de noviembre de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes

les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA y a favor de la demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente. No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, pues nada tuvo que ver en la afiliación hecha por la demandante a Horizonte, que se declara ineficaz.

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 6 de septiembre de 2022 por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR 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, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Jaqueline Rodríguez Guerra
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**008-2020-00093-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **399b2596fbdebd75cf1b11570697f0fba142a49b55df8ccd1036db4934e297a**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:57 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 8-2021-00111-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARGARITA MARIA AHUMADA SANDOVAL
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: APELACION DEMANDADAS Y CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de diciembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personaría jurídica como apoderado del demandante al abogado IVAN MAURICIO RESTREPO FAJARDO CC 71.688.624 y TP 67.542 del CSJ según documentos anexos al proceso; y se reconoce como apoderado de AFP PORVENIR SA al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ CC 79.985.203 y TP 115.849 del CSJ, conforme a documentos adjuntos; igualmente se reconoce como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37627008 y TP 221.228 del CSJ. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en

auto de 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por **MARGARITA MARIA AHUMADA SANDOVAL** a finales de 1995 a través de Horizonte hoy Porvenir SA. Se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se ordene a Colpensiones tener a la demandante como su afiliada como si nunca se hubiera trasladado. Se ordene a Porvenir SA la devolución de los aportes, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional, y actualizar la historia laboral. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 6 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de julio 18 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 13 de diciembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **MARGARITA MARIA AHUMADA SANDOVAL** el 20 de noviembre de 1995 a través de Horizonte hoy Porvenir. Condeno a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional del demandante. Condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración indexados, y sumas adicionales con intereses, junto con rendimientos. Condenar a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelva Porvenir, que reposen en la cuenta de ahorro individual de

la demandante y ajustar la historia laboral. Impuso costas a Porvenir. Ordeno a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los dineros de Porvenir, activando la afiliación de la demandante como si nunca se hubiere trasladado, y actualice la historia laboral. Impuso costas a Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones y Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR: Solicita revocar y absolver; pues la demandante al momento del traslado era un apersona capaz, y su decisión fue libre y voluntaria, e informada al trasladarse a Horizonte, para el año 2004 Porvenir y todos los fondos publicaron un aviso a todos los afiliados para que si querían trasladarse de régimen lo hicieran por el periodo de gracias establecido por la ley 797 de 2003. A la demandante le aplican las restricciones del artículo 13 de la ley 100/93 como es la de trasladarse cuando falten 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y ella cuenta con más de 57 años. La demandante le asiste el deber de estar informada, y estaba obligada a indagar sobre características y demás de los diferentes regímenes pensionales. En el interrogatorio se le indago por los extractos y dijo que no los entendía. Sobre la devolución de gastos de administración la ley establece cuales valores se deben devolver y allí no están incluidos, pues no están destinados a financiar la pensión, causando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Sobre la indexación es improcedente, pues la cuenta de ahorro no ha sido afectada por la inflación, y al ordenar devolver también los rendimientos financieros sería una doble sanción. En caso contrario, deben hacerse las restituciones mutuas.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, el traslado realizado se hizo conforme a derecho, y a las normas vigentes para esa época. No existe norma legal que obligue a informar a la demandante sobre las ventajas y desventajas, Obligación que solo fue exigible a partir de legislación posterior al traslado. En esa época solo se exigía la firma en el formulario de afiliación, y la asesoría era verbal. En el interrogatorio la demandante solo dice que no hubo ningún tipo de información, y su única inconformidad es la diferencia de la mesada, y esta no es una causal para anular la afiliación. En este caso la diferencia pensional es un perjuicio que debe asumirlo Porvenir, y no Colpensiones, pues la pensión a reconocer por

Colpensiones al ser superior causa un detrimento en el fondo público que no está obligado a asumir.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., efectuado por **MARGARITA MARIA AHUMADA SANDOVAL** el día 20 de noviembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 20 de noviembre de 1995 (f. 75 contestación Porvenir).

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

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

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

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

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

2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la

ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, certificado de afiliación, formulario Horizonte 95, bono pensional, historia bono pensional, HL, relación histórica de movimientos, relación de aportes, respuesta a petición, página de El Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 20 de noviembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 20 de noviembre de 1995, la demandante tenía 36 semanas (f.13 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 25 de diciembre de 1962 f.8 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.308 semanas, (f.13 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE S.A., el 20 de noviembre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA, inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante. Sin costas a Colpensiones, pues nada tuvo que ver en el traslado de régimen que se declara ineficaz.

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 13 de diciembre de 2022 por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR 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, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Margarita María Ahumada Sandoval
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**008-2021-00111-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **dc3a5316bb4d6c0b78b53b58fca02738ffd7bf66d95fe6926c5eac3ae2b00dd8**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:57 AM

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



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 15-2021-00619-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ MARTINEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de enero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderados de AFP PORVENIR SA al abogado DANIEL FELIPE RAMIREZ SANCHEZ CC 1.070.018.966 y TP 373.906, del CSJ, y de COLPENSIONES a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 y TP 221.228 del CSJ, según documentos adjuntos al expediente; igualmente se acepta la renuncia como apoderada de Colpensiones a la abogada MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA, según manifestación allegada al expediente.

El demandante y las demandadas a través de sus procuradores judiciales presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ MARTINEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR SA como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ MARTINEZ** del RPM AL RAIS, efectuado a través de AFP PORVENIR SA, declarando que siempre ha permanecido en el RPM. Ordenar a Porvenir la devolución a Colpensiones de los dineros, como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, aportes y sus rendimientos devengados, decretar la indexación. Condenar en costas a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de mayo 12 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 23 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 23 de enero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ MARTINEZ** del RPM al RAIS efectuado el 27 de febrero de 2001 y Ordenar a Porvenir el traslado a Colpensiones, de los recursos por aportes, rendimientos, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, para pólizas de seguros, y demás recursos que haya descontado de la cuenta de ahorro individual del demandante; los traslade a Colpensiones teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS. A Colpensiones que reciba dichos recursos y los acredite como semanas cotizadas en el RPM, sin solución de continuidad del demandante. Declarar no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a Porvenir. **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

CONSULTA

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **LUIS ALEJANDRO RODRIGUEZ MARTINEZ** el día 27 de febrero de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, 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 SA el 27 de febrero de 2001 (f.39 contestación Porvenir).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

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

- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; PORVENIR: apporto SIAFP, resumen HL OBP, bono pensional, formulario de afiliación, relación de aportes, HL consolidada, relación histórica de movimientos, certificado de afiliación, respuesta a petición, comunicado de prensa, concepto SIF.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de febrero de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia

total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 27 de febrero de 2001, el demandante tenía 1.107semanas (f.52 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35años (nació el 14 noviembre de 1959 f.51 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos SA, el demandante había cotizado 1,714 semanas, (f.52 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 27 de febrero de 2001, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23

normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2023 por el Juzgado 15° Laboral del Circuito de Bogotá, en e cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Luis Alejandro Rodríguez Martínez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**015-2021-00619-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **f2b7425ea911479dcb292b415f2e3bbf5dcf34ceae3296ebfb935e39622477f0**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:58 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2020-00214-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARIA ELSY CRISTANCHO AVILA
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA Y AFP PROTECCION SA.
ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 16 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería como abogado sustituto de AFP PORVENIR SA al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA CC.1020792591 y TP 380420 del CSJ según sustitución adjunta. Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones al abogado MAURICIO ALEJANDRO CAPERA BERMUDEZ CC 110497079 y TP 247584 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia del traslado efectuado, del RPM al RAIS a través de AFP Davivir, hoy Protección SA, por omisión al deber de información. Ordenar el traslado de la demandante a Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Ordenar a Porvenir la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos, gastos de administración y cualquier otro, Condenar a Porvenir en caso de haber otorgado pensión, a seguir pagando hasta que sea trasladados los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional, y sea incluida en nómina de pensionados. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de octubre 26 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, a excepción de Protección, como consta en auto de julio 18 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá** en sentencia del 16 de agosto de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **MARIA ELSY CRISTANCHO AVILA**. Ordenar a AFP Porvenir SA trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, quien deberá reactivas la afiliación en el RPM, y recibir los dineros trasladados. Declaro no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a Porvenir y Protección. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que la demandante es una persona capaz y competente con una capacidad académica alta, con suficiente poder de decidir que la opción que tomo fue la mejor para su futuro pensional. No se puede presumir que no se le brindo la información suficiente. La demandante no se encuentra dentro de los caos expuestos por la Corte Constitucional como es una expectativa legitima de perder el régimen de transición La norma vigente en esa época solo exigía la firma del formulario de afiliación, donde se establece que lo hizo sin presión, libre y voluntaria como lo dijo en el interrogatorio de parte. Las proyecciones pensionales que exige el fallo no son útiles para demostrar el vicio de consentimiento. Las exigencias de información suficiente solo se exigieron legalmente a partir de 2015 y la demandante se traslado antes. La carga de la prueba correspondía a la demandante, pues la ignorancia en la ley no es excusa.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Davivir hoy Protección S.A., efectuado por **MARIA ELSY CRISTANCHO AVILA** el día 19 de julio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, ultimo fondo en que estuvo afiliada, y Protección SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Davivir hoy Protección S.A. el 19 de julio de 1994 (f. 63 demanda), luego el 10 de septiembre de 1998 se traslado a Horizonte hoy Porvenir SA(f.76 demanda).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: HL, relación de movimientos, certificado de afiliación, carta de asesoría, formulario de afiliación a Horizonte, petición de nulidad de traslado, petición de información, respuesta de petición, bono pensional, SIAFP, consulta Asofondos, comunicado de prensa, concepto SIF 2019.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de julio de 1994, fecha del

traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por 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, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 19 de julio de 1994, la demandante tenía 587 semanas (f.77 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el agosto 30 de 1961 f.92 anexos demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.859 semanas, (f.77 anexos demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como

la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP DAVIVIR HOY PROTECCION S.A., el 19 de julio de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 16 DE AGOSTO de 2022 por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR 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, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCION SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Elsy Cristancho Ávila
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**018-2020-00214-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **040d73fadc634843ec9a2a4f569d7f7764433bb502a4cb2f9c5263fee7ed8a01**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:58 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 18-2021-00173-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: CAROLA CANTOR MORENO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA Y AFP PROTECCION SA.
ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 29 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La demandante y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia del traslado efectuado, del RPM al RAIS a través de AFP Protección y Porvenir SA, por omisión al deber de información. Ordenar el traslado de la demandante a Colpensiones. Condenar a Porvenir trasladar a Colpensiones toda la información y documentos, como la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos. Ordenar a Colpensiones formalizar como afiliada a la demandante en el RPM aceptando el bono pensional. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 26 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de agosto de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **CAROLA CANTOR MORENO**. Ordenar a AFP Porvenir SA trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones, quien deberá reactivar la afiliación en el RPM, y recibir los dineros trasladados. Declaro no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a Porvenir y Protección. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que la demandante es una persona capaz y competente con una capacidad académica alta, con suficiente poder de decidir que la opción que tomo fue la mejor para su futuro pensional. No se puede presumir que no se le brindo la información suficiente. La demandante no se encuentra dentro de los caos expuestos por la Corte Constitucional como es una expectativa legitima de perder el régimen de transición La norma vigente en esa

época solo exigía la firma del formulario de afiliación, donde se establece que lo hizo sin presión, libre y voluntaria como lo dijo en el interrogatorio de parte. Las proyecciones pensionales que exige el fallo no son útiles para demostrar el vicio de consentimiento. Las exigencias de información suficiente solo se exigieron legalmente a partir de 2015 y la demandante se traslado antes. La carga de la prueba correspondía a la demandante, pues la ignorancia en la ley no es excusa.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección S.A., efectuado por **CAROLA CANTOR MORENO** el día 1 de junio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, ultimo fondo en que estuvo afiliada, y Protección SA devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Protección S.A. el 1 de junio de 1994 (f. 105 demanda), luego el 1 de septiembre de 1999 se traslado a Horizonte hoy Porvenir SA(f.104 demanda).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se

encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aporoto: SIAFP, HL, relación de movimientos, certificado de afiliación, carta de asesoría, formulario de afiliación a Horizonte, petición de nulidad de traslado, petición de información, respuesta de petición, bono pensional, consulta Asofondos, comunicado de prensa, concepto SIF 2020. AFP PROTECCION SA: aporoto S400, movimiento cuenta ahorro individual, SIAFP, formulario afiliación 1994, políticas de asesoría y vinculación, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 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 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, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 1 de junio de 1994, la demandante tenía 372 semanas (f.93 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el agosto 13 diciembre de 1965 f.20 anexos demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.705 semanas, (f.93 anexos demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCION S.A., el 1 de junio de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

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

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

que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 20 DE AGOSTO de 2022 por el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR 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, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA, y AFP PROTECCION SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 22-2021-00592-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **GERMAN HERNANDO HURTADO SARAVIA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de enero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El demandante y Colpensiones a través de sus procuradores judiciales presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GERMAN HERNANDO HURTADO SARAVIA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA como aparece en expediente

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

- Que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante **GERMAN HERNANDO HURTADO SARAVIA** del RPM AL RAIS, efectuado a través de AFP COLFONDOS SA por omisión de información, y declarar que al demandante le asiste el derecho a que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez, con el respectivo retroactivo. Condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales con los rendimientos causados, y cuotas de administración. Condenar a Colpensiones a recibir como afiliado al demandante, con los valores obtenidos por su vinculación al RAIS, y contabilizarlos para efectos de pensión las semanas cotizadas. Se condene al retroactivo de las mesadas pensionales a partir del 16 de julio de 2019. Se condene a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100/93. Se condene subsidiariamente a la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia. Condenar en costas a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de abril 6 de 2022, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de diciembre 5 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de enero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **GERMAN HERNANDO HURTADO SARAVIA** del RPM al RAIS efectuado el 14 de marzo de 2001 con efectos al 1 de mayo de 2001 a través de Colfondos; en consecuencia, declarar que el afiliado nunca se trasladó al RAIS, y por tanto siempre permaneció en el RPM. Ordenar a Colfondos trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos, bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, los gastos de administración, y las primas de seguros previsionales debidamente indexados. Ordenar a Colpensiones recibir los dineros de Colfondos y efectuar los ajustes en la historia laboral del actor. Declarar que Colpensiones bien puede

obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios que se lleguen a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originadas en la omisión del fondo de pensiones. Declarar no probadas las excepciones propuestas, y absolver a Colpensiones del reconocimiento y pago de la pensión de vejez las demandadas de las demás pretensiones. Impuso costas a Colpensiones y Colfondos. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES apela la decisión, sobre el punto consistente en que sobre el art.1604 del Codito Civil se presenta una incorrecta interpretación por parte del despacho. Pues la responsabilidad de los fondos privados no puede convertirse en objetiva, pues no exige que el demandante demuestre un vicio del consentimiento, pero si obliga a que la carga de la prueba este a cargo del fondo privado, esta interpretación quiebra la lógica de las cargas probatorias. Los potenciales pensionados tienen el deber de asesarse, pues el régimen de protección del consumidor financiero obliga a los afiliados a informarse de las ventajas y desventajas de cada régimen, y establece que el silencio al permanecer en cualquier régimen equivale a la conformidad de permanecer en el.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **GERMAN HERNANDO HURTADO SARAVIA** el día 14 de marzo de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 14 de marzo de 2001 (f.64 y 70 demanda).

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

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; COLFONDOS: aporte SIAFP, formulario de afiliación, estado de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 14 de marzo de 2001, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 14 de marzo de 2001, el demandante tenía 959.57semanas (f.69 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 40 años (nació el 11 de mayo de 1954 f.100 contestación Colfondos) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos SA, el demandante había cotizado 1,513 semanas, (f.80 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 14 de marzo de 2001, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS tampoco logra acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo 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 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto***

jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero de 2023 por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: German Hernándo Hurtado Saravia
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2021-00592-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **f64e83c8d5f9221ff02d6f3517bd7a75ed958c9c8f00a8fbf0f3ccfb1187190f**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:59 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 36-2020-00095-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARCELA FETECUA CARRILLO
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA., AFP PROTECCION SA, Y AFP
COLFONDOS SA.
ASUNTO: APELACION COLPENSIONES Y PORVENIR, Y CONSULTA
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de enero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personarías jurídicas como apoderado de AFP PORVENIR SA al abogado NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS CC 1.018.469.231 y TP 365.094 del CSJ, conforme a documentos adjuntos; igualmente se reconoce como apoderado sustituto de Colpensiones al abogado GEOVANNI ALEXIS GREGO CARDONA CC 1.053.826.799 y TP 302.837 del CSJ. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico,

según lo ordenado en auto de 7 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por **MARCELA FETECUA CARRILLO** por faltar al deber de información por parte de Porvenir SA; e igualmente los traslados posteriores a Protección y Colfondos. Declarar que la demandante siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad. Ordenar a Colfondos la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos financieros, y devolución de los gastos de administración. Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante, recibirlos aportes y rendimientos de Colfondos, actualizar y corregir la historia laboral. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 4 de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 29 de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 23 de enero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **MARCELA FETECUA CARRILLO** con efectividad el 1 de abril de 1998 a través de Porvenir. Ordeno a Colfondos corregir la afiliación de la actora en el SIAFP, y trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de

pensión mínima debidamente indexados. Ordeno a Protección trasladar a Colpensiones los gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, durante el periodo de permanencia en dicho fondo; en igual forma ordeno a Porvenir la devolución de los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Ordeno a Colpensiones recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante. Declarar no probada la excepción de prescripción. Impuso costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones y Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES: Solicita revocar en su totalidad el fallo, pues no quedo probada la omisión de información en el traslado, que dé lugar a declarar la ineficacia a horizonte en 1998, ya que para ese año no se requería suministrar información más allá de la firma del formulario de afiliación. Además esta situación ya se encuentra saneada, al estar durante muchos años en el RAIS, y pudiendo asesorarse o reclamar su presunto derecho violado, y no lo hizo, además aplica la prohibición del artículo 13 de la ley 100/93. Protegiendo al sostenibilidad del sistema pensional. Igualmente tener en cuenta su deseo de permanecer en el RAIS. En caso de confirmar la decisión, solicita se absuelva del pago de las costas, igualmente a la AFP que se condene a pagar a Colpensiones los perjuicios causados en el pago de una eventual pensión.

PORVENIR: Solicita revocar la decisión, pues la línea jurisprudencial aplicada exige un estudio de cada caso concreto, y en este caso está demostrado que el traslado se efectuó en forma valida, de acuerdo lo normado para 1998; puesto que los condicionamientos solo fueron impuestos con posterioridad, violándose el principio de irretroactividad de la ley. La demandante se afilió de forma libre y voluntaria suscribiendo varios formularios y traslados horizontales conforme a la ley, sin objeción alguna, o manifestar alguna duda sobre su permanencia en el sistema. Se deben ordenar las restituciones mutuas, y a los fondos se les debe restituir los gastos de administración, pues estos se destinan a incrementar los aportes y esto les da derecho a una compensación económica, pues llevaría a un enriquecimiento

sin causa del RPM al no haber administrado los dineros durante estos tiempos que estuvo en el RAIS. Igualmente la devolución de las primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues son dineros que cumplen una finalidad legal, y ya no están en poder de los fondos. Solicita también no se condene en costas, pues Porvenir no podía impedir que la demandante se afiliara al fondo, porque estaba ejerciendo un derecho.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **MARCELA FETECUA CARRILLO** el día 19 de febrero de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Protección SA, al igual que AFP Colfondos SA y AFP Porvenir SA, fondos en que estuvo afiliada, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 19 de febrero de 1998; luego el 19 de septiembre de 2001 se trasladó a Horizonte; luego el 5 de julio de 2002 se trasladó a Colfondos; y finalmente el 7 de marzo de 2003 se trasladó a Protección SA. (f. 25 contestación Porvenir).

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

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, certificado de egreso, formulario afiliación 1998, formulario Horizonte 2001, HL OBP, bono pensional, relación histórica de movimientos, relación de aportes, comunicado de prensa. PROTECCION SA: aportó Formulario protección, movimiento cuenta de ahorro, políticas de asesoramiento, concepto SIF 2015, publicación año gracia. COLFONDOS: aportó página del Tiempo de enero 9 de 2004.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de febrero de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

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

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 19 de febrero de 1998, la demandante tenía 292.86 semanas (f.50 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 18 de mayo de 1967 f.24 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos, la demandante había cotizado 1.388 semanas, (f.50 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 19 de febrero de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que las AFP COLFONDOS, PROTECCION Y PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado

información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Del mismo modo, en la apelación de Colpensiones solicita una indemnización de perjuicios que brilla por su ausencia su estudio dentro del litigio, pues no se observa que hubiese presentado una demanda de reconvención contra el fondo privado, como para que pudiese entrar a su estudio en las instancias; ahora en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se confirmara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP COLFONDOS SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, PROTECCION SA, Y COLFONDOS SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir SA, inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor de la demandante. Sin costas a Colpensiones, pues nada tuvo que ver en el traslado de régimen que se declara ineficaz, y por tanto se revocaran las costas impuestas en su contra en la primera 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 23 de enero de 2023 por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente. Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Marcela Fetecua Carrillo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**036-2020-00095-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **c5bc4d347805d60d535b5319a932e31d8306db34a05fc3bdd2049fcc85c17fde**

Documento generado en 25/07/2023 10:54:59 AM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 37-2020-00021-01

Bogotá D.C., julio 24 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: EDUARDO ENRIQUE GOMEZ CASALLAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
AFP PORVENIR SA., Y AFP PROTECCION SA.
ASUNTO: APELACION DEMANDANTE, COLPENSIONES Y
PORVENIR, Y CONSULTA COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por el demandante y las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ, en su condición de apoderado principal de AFP Porvenir SA, conforme a documental anexa al proceso. Notifíquese por estado.

Porvenir a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 20 de febrero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS administrado por Porvenir por falta al deber de información, y declarar que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluyendo comisiones y rendimientos a que haya lugar. Condenar a Colpensiones a reactivar la afiliación al demandante en el RPM y reconocer la pensión de vejez. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 19 de 2020 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de mayo 13 de 2021, donde se vincula a Protección SA, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de junio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **EDUARDO ENRIQUE GOMEZ CASALLAS** a través de Colmena hoy Protección el 1 de marzo de 1997, declarando válida la afiliación al RPM. Condenó a Porvenir SA a transferir a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos financieros, costos cobrados por administración y el en el periodo de vinculación a Colpatria. Condeno a Protección a transferir a Colpensiones los valores por gastos de administración en el periodo de vinculación en ese fondo. Declaro no probadas las excepciones propuestas. No impuso costas

a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación al demandante, Colpensiones y Porvenir, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE: apela la decisión solicitando revocar el numeral 5 en cuanto a la no condena en costas, pues conforme al CGOP las demandadas deben ser condenadas en costas.

COLPENSIONES: Solicita revocar la decisión, pues la demandada no desconoce la existencia del deber de información desde el año 1993, este deber se convierte en deber de asesorar y buen consejo en el año 2009, y en la etapa del traslado en 1997 lo único que se exigía por la ley, era la suscripción del formulario de afiliación, y no es dable alegar la ignorancia en la ley, pues el afiliado también estaba obligado a informarse. Existe desidia del demandante, ya que nunca se interesó por leer el formulario, ni solicitó información tanto al ISS como al fondo privado. Debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera de Colpensiones. Subsidiariamente solicita absolver de costas, ya que Colpensiones no tuvo nada que ver en el negocio jurídico de traslado.

PORVENIR: Solicita revocar parcialmente la decisión, en cuanto ordena devolver los gastos de administración, ya que la superintendencia ha determinado que en casos de traslado no se devuelven los gastos de administración, pues estos no concurren a la financiación e la pensión de vejez, y no se predica su imprescriptibilidad. Por el contrario con esos gastos de administración se incrementó el monto de los aporreas, con los rendimientos financieros, precisamente por la correcta administración. Igualmente solicita la confirmación de la absolución de costas.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por

la AFP Colmena hoy Protección S.A., efectuado por **EDUARDO ENRIQUE GOMEZ CASALLAS** el día 1 de marzo de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, al igual que AFP protección SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 1 de marzo de 1997; luego el 12 de agosto de 1998 se trasladó a Colpatria hoy Porvenir SA; luego el 11 de enero de 2000 se trasladó a Porvenir SA. (f. 70 contestación Porvenir).

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

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

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

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe

demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP PORVENIR SA aporó: SIAFP, formulario de afiliación a Colpatria 1998, formulario afiliación a Porvenir 2000, página de El Tiempo 2004, concepto SIF 2020, certificado de vinculación, relación de aportes, relación histórica de movimientos, HL consolidada, HL bono pensional. PROTECCION SA: AS400, SIAFP, constancia de aportes trasladados, concepto SIF 2015, políticas de asesoría, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de marzo de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 1 de marzo de 1997, el demandante tenía 509 semanas (f.35 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 8 de octubre de 1961 f.20 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir SA, el demandante había cotizado 1.443 semanas, (f.35 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP Colmena hoy Protección S.A., el 1 de marzo de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que las AFP PROTECCION Y PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la

suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

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

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

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

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

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

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarará lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se

devolverán por AFP PORVENIR SA, Y PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

En cuanto a la inconformidad del demandante apelante, tiene razón parcialmente, puesto que en verdad los fondos privados Porvenir y Protección si fueron vencidos en juicio, y deben ser condenados en costas; no ocurre lo mismo respecto a Colpensiones, quien nada tuvo que ver en el negocio jurídico que se dio en el actor y Colmena en el que se cambió de régimen, y que mediante este fallo se declaró ineficaz. En virtud de lo anterior se condenara en costas de primera instancia a las demandadas AFP Porvenir SA y AFP Protección SA. Y en esta instancia se condenara en costas a Porvenir SA, inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a favor del demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 29 de junio de 2022 por el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, Y AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor del demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio

salario mínimo legal vigente. COSTAS en primera instancia a cargo de
AFP PORVENIR SA Y AFP PROTECCION SA.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Eduardo Enrique Gómez Casallas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**037-2020-00021-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:
Luz Patricia Quintero Calle
Magistrada
Sala Laboral
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **ee890c07cb87f80052ce82d9c6eb48298fbae92000f594cd2c0fcb720b54499e**

Documento generado en 25/07/2023 10:55:00 AM

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



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente**

Radicación No. 2023-00712-01

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: MARCO AURELIO SOLARTE UYOLA
DEMANDADO: CAPITAL SALUD EPS-S SAS y
EPS SANITAS
ASUNTO : APELACIÓN (Demandante)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 8 de junio de 2023

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor MARCO AURELIO SOLARTE UYOLA, obrando a nombre propio, presento ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, en desarrollo de su función jurisdiccional, en contra de **CAPITAL SALUD EPS – S SAS y EPS SANITAS SAS**, para que se disponga todo lo necesario para autorizar de manera inmediata y sin más dilaciones el cambio de prestador de CAPITAL SALUD EPS – S SAS a EPS SANITAS SAS.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló, en síntesis: Que pese a pedir en varias oportunidades citas de urología, dermatología, gastroenterología, ortopedia, la accionada CAPITAL SALUD EPS incumplió, vulnerando su derecho al reclamado y al acceso a la salud.

Que radicó derecho de petición No. 321235689950 el cual incumplió, y que por orden de la Superfinanciera se ordenó con el radicado 20232100004641742 a brindar el servicio dentro de los 5 días hábiles siguientes el cual se venció el 26 de abril y continua sin su derecho a la salud.

Señala que ésta práctica la realiza CAPITAL SALUD de manera tramposa al sistema, con los pagos de la nación y evidencia una clara corrupción de la entidad al negar el servicio, por lo tanto solicita la garantía de sus derechos fundamentales amparados en la ley 2055 de 2020 y exige que se garantice su traslado inmediato a otra EPS, ya que está en juego su salud (Preferiblemente SANITAS), por cercanía a su vivienda y cuyo traslado solicita sea completo, incluyendo el historial médico y accediendo a los especialistas que tengo asignados en el momento.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 8 de junio de 2023, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, **NO ACCEDIÓ** a las pretensiones formuladas por el señor MARCO AURELIO SOLARTE UYOLA.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, el accionante impugnó la decisión de primera instancia, con el objetivo que sea revocada, en el sentido de que sea autorizado el traslado a una EPS donde le garantice un mejor servicio junto a todo su HISTORIAL CLINICO ya que el **estado colombiano** es el veedor y garante de sus derechos vulnerados. La EPS y ni CAPITAL SALUD no son las responsables ni garantes de mis derechos fundamentales.

Solicita que el ESTADO COLOMBIANO obligue a una EPS a tomar su proceso, ya que CAPITAL SALUD no es garante del servicio, no tiene la capacidad estructural, para atender a todos los afiliados actuales y al actor, señala que no le garantiza su derecho a la salud.

Igualmente, solicita al ESTADO COLOMBIANO, y SUPERSALUD que obligue a CAPITAL SALUD que las autorizaciones puedan radicarse, obtenerse y modificarse de manera virtual ya que a hoy existen cientos de mecanismos para procesos virtuales. SANITAS tiene AUTORIZACIONES por SMS, POR EJEMPLO.

Indica que es inconcebible que una entidad prestadora de servicios de salud y que ninguno de sus directivos piense que en una EPS puede haber personas con

escasa movilidad y problemas de salud deban estar asistiendo a un punto de atención a suplicar que los pueda atender un médico.

Finalmente, señala que, si bien no le dan a favor las pretensiones en dicho documento, agradezco que la ley le brinde el asesoramiento respetivo sobre cómo puede mejorar su situación actual con una EPS que no cubre sus derechos, ni le da el principio de oportunidad para tener una vejez digna, honorable como debiera.

II. COMPETENCIA

El artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, concede funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para conocer y fallar en derecho, en primera y única instancia, con carácter definitivo con las facultades propias de un juez. Así mismo, establece que el recurso de apelación ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate.

En consecuencia, corresponde a la Sala Laboral de esta corporación el pronunciarse sobre la azada, de acuerdo con las siguientes:

III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

Observa la Sala, que el accionante MARCO AURELIO SOLARTE UYOLA, acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se AUTORICE de manera inmediata y sin más dilaciones el cambio de prestador a EPS SANITAS que sea idónea para que le garantice un servicio de salud idóneo, acorde a sus necesidades.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso, la condición de afiliado del señor MARCO AURELIO SOLARTE UYOLA, al Sistema General de Seguridad Social en Salud a CAPITAL SALUD EPS – S.

En aras de definir la controversia, cabe indicar que en reiteradas oportunidades la H. Corte Constitucional, ha señalado el carácter de fundamental y autónomo del derecho a la salud, que se encuentra en conexidad con otros derechos fundamentales y radica en cabeza de todas las personas en general debiendo ser protegido y garantizado por el estado.

El artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, establece a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, el cumplir con las funciones del aseguramiento en salud, entre los que se encuentra la garantía y acceso efectivo y con calidad a los servicios en salud, debiendo asumir el riesgo transferido por usuario.

ARTÍCULO 14. ORGANIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO. *Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.*

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento. Las entidades que a la vigencia de la presente ley administran el régimen subsidiado se denominarán en adelante Entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado (EPS). Cumplirán con los requisitos de habilitación y demás que señala el reglamento.

Igualmente, deben cumplir con los principios establecidos en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, garantizando entre otros la accesibilidad al servicio de salud, su prestación oportuna y sin retrasos que pongan en riesgo la vida o la salud de los usuarios y a la continuidad en el tratamiento que reciben. (Artículo 3 Decreto 1011 de 2003)

Frente a la vulneración del derecho a la salud, por el no acceso oportuno a los servicios, el máximo Tribunal constitucional, en sentencia T 012 del 14 de enero de 2011, señaló:

“(…)

4.2. *Específicamente sobre el derecho a acceder a los servicios de salud en forma oportuna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que se vulneran los derechos a la integridad física y la salud de una persona cuando se demora la práctica de un tratamiento o examen diagnóstico ordenado por el médico tratante. Esta regla ha sido justificada por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-881 de 2003,[\[14\]](#) en la cual se dijo:*

"Ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, que el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes. Se reitera entonces, que las instituciones de salud no están autorizadas para evadir y mantener indefinidamente en suspenso e incertidumbre al paciente que acredita y prueba una urgencia vital y la necesidad de un tratamiento médico como en este caso."[\[15\]](#)"

Ahora, respecto de la libre escogencia de EPS, así como de IPS, el numeral 4 del artículo 153 de la ley 100 de 1993 establece:

“ARTICULO 153. Fundamentos del Servicio Público. Además de los principios generales consagrados en la Constitución Política, son reglas del servicio público de salud, rectoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud las siguientes:

4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acreedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.”

De esta forma la Ley otorgó a los usuarios la libertad de elegir la Empresa Promotora de Salud cuyas características satisfagan de la mejor manera sus expectativas, al igual que el derecho a escoger la IPS y los profesionales de su preferencia entre las opciones ofrecidas por la aseguradora. Adicionalmente la ley estableció la prohibición para las Empresa Administradoras de Planes de Beneficios de obligar al usuario a seleccionar un determinado prestador.

De conformidad con la sentencia T-481 de 2016, tal faceta del derecho a la salud se fundamenta en la libertad y autonomía del individuo para autodeterminarse y, de esa manera, escoger las entidades en las que confiará el cuidado de su salud.

La H. Corte Constitucional ha señalado que los usuarios del Sistema General de Seguridad Social tienen derecho a escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud, siempre y cuando pertenezcan a la red de servicios adscrita a la EPS a la cual está afiliado. Esta regla sólo tiene las siguientes excepciones: (i) que se trate del suministro de atención en salud por urgencias, (ii) cuando la EPS expresamente lo autorice o (iii) cuando la EPS esté en incapacidad técnica de cubrir las necesidades en salud de sus afiliados y que la IPS receptora garantice la prestación integral, de buena calidad y no existan afectaciones en las condiciones de salud de los usuarios.

Conforme con los referidos precedentes, la Corte ha señalado que el derecho a la libertad de escogencia ya sea de E.P.S. o de I.P.S., en principio, puede ser ejercido y solicitada su protección, por aquellas personas que pertenezcan a los regímenes contributivo o subsidiado, comoquiera que tal prerrogativa corresponde al desarrollo del mandato legal previsto en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993. No obstante, esa Corporación reconoció la posibilidad que las personas que hacen parte de un régimen exceptuado gocen del derecho de libertad de escogencia de

manera restringida, pues, aunque no pueden elegir la entidad promotora de salud que quieren que les administre ese servicio, dado que en los regímenes exceptuados solo existe una entidad encargada de ello, sí pueden seleccionar una I.P.S., con la que su E.P.S hubiere suscrito contrato o convenio, el cual se encuentre vigente.

El Decreto 780 de 2016, definió las posibilidades de cambio en el marco de la libre escogencia de EPS, luego se habla de movilidad y de traslado, En el primero, el afiliado puede pasar del régimen contributivo al subsidiado o viceversa y opera dentro de la misma EPS para los afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud focalizados en los niveles 1 y II del SISBÉN y algunas poblaciones especiales.

En el traslado, se habla de los cambios de inscripción de EPS dentro de un mismo régimen o los cambios de inscripción de EPS con cambio de régimen dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y los define como: Traslado de EPS dentro de un mismo régimen o Traslado de EPS entre regímenes diferentes.

Si bien en el Sistema de Salud existe el principio de libre escogencia de EPS, este no es absoluto, pues encuentra algunas limitaciones, particularmente en cuanto a los traslados. Ello lleva a que el afiliado no pueda realizar un cambio de EPS en cualquier momento, pues existen periodos mínimos de permanencia. Según el numeral 2 del artículo 2.1.7.2 del Decreto 780 de 2016, un afiliado debe permanecer al menos 360 días inscrito en una misma EPS para realizar el traslado, ya sea de régimen o solo de asegurador.

Esta regla de permanencia mínima encuentra varias excepciones previstas en el artículo 2.1.7.3 del decreto mencionado. La primera ocurre cuando los afiliados a una EPS son asignados a otras por revocatoria total o parcial de la habilitación o la autorización, o por disolución, liquidación, retiro voluntario de uno o más municipios, o disminución en la capacidad de afiliación de la EPS. En este caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.1.11.3 del Decreto 780, los afiliados asignados podrán escoger libremente EPS transcurridos noventa días naturales después de la asignación.

Otra excepción se presenta, cuando el usuario se haya inscrito a una EPS con la promesa de obtener servicios a una determinada red de prestadoras y esta no sea cierta, o cuando se presenten casos de deficiente prestación o suspensión de servicios de la EPS o de su red prestadora debidamente comprobados. En estos supuestos el usuario debe poner en conocimiento de la situación a la

Superintendencia Nacional de Salud, entidad que contará con un mes para pronunciarse respecto de la solicitud del afiliado.

También constituye una excepción a la permanencia mínima el supuesto en el que la afiliación al Sistema sea realizada de oficio por la entidad territorial, en los casos en que el afiliado cumpla con los requisitos para pertenecer al régimen subsidiado y rehúse afiliarse. En este caso, la entidad territorial lo inscribirá en una EPS y le comunicará tal decisión, y el usuario tendrá un término de dos meses para ejercer su derecho al traslado. En este caso no hay un tiempo mínimo de permanencia, sino un término máximo al que el afiliado debe ejercer el traslado, ya que, de lo contrario, deberá respetar el periodo mínimo de permanencia de un año. En los demás casos de excepción previstos en el artículo 2.1.7.3, el afiliado podrá realizar el traslado una vez que se presente la causal allí especificada.

Además, el periodo mínimo de permanencia, el artículo 2.1.7.2 establece como requisitos para que pueda operar el traslado que el cotizante o cualquier miembro de su núcleo familiar no se encuentre internado en una institución prestadora de servicios de salud, que las cotizaciones al Sistema se encuentren al día y que en la solicitud de traslado se incluya a todo el núcleo familiar.

Resulta menester mencionar, el artículo 28 de la Resolución 768 de 2016, el cual dispone que el reporte de la internación de un afiliado al SAT, por cualquiera de los facultados, implica el aplazamiento de la efectividad del traslado, y en caso de darse la internación sin que se hubiere efectuado el reporte de está, y el traslado de aprueba en el SAT. El artículo 22 dispone que la EPS de la cual se traslada será responsable del pago de los servicios de salud que demande el afiliado durante la internación y está facultada para solicitar a la EPS a la cual se trasladó el reembolso de la UPC percibida durante el periodo de internación.

Si la solicitud de traslado se realiza dentro de los cinco primeros días al mes, se hará efectivo a partir del primer día natural del mes siguiente; por el contrario, si la solicitud se registra con posterioridad a los cinco primeros días del mes, se hará efectivo a partir del primer día natural del mes subsiguiente a la fecha del citado registro.

Conforme lo anterior, la Sala comparte la decisión de primera instancia, en el sentido que conforme el material probatorio allegado al expediente se evidencia que el señor MARCO AURELIO SOLARTE UYOLA se encuentra afiliado a CAPITAL SALUD EPS S.A.S, desde el **8 de julio de 2022**, luego no cumpliría con

el tiempo mínimo de permanencia de 360 día, razón por la cual, no podría autorizarse su traslado de manera inmediata.

Por otro lado, si bien el traslado podría ordenarse por la deficiente prestación o suspensión de servicios de la EPS o de su red prestadora, lo cierto es que, de conformidad con el material probatorio allegado, tal situación no fue debidamente acreditada, por el contrario, se evidencian sendos pantallazos aportados por la EPS CAPITAL SALUD de las autorizaciones generadas a favor del usuarios, que si bien no acreditan la atención efectiva del servicio, si evidencian las gestiones realizadas para acceder a los servicios demandados por el accionante, en diferentes oportunidades:

No. CEDULA	No. AUTORIZACION	NOMBRE DESCRIPCION	FECHA DE UTILIZACION
6454197	04009-2302773603	UROLOGIA CONTROL - (890394)	25/05/2023
6454197	04009-2302721560	DERMATOLOGIA CONTROL - (890342)	23/05/2023
6454197	04009-2302721026	ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA CONTROL - (890380)	23/05/2023
6454197	04009-2302423705	DERMATOLOGIA - (890242)	10/05/2023
6454197	04009-2302423784	GASTROENTEROLOGIA - (890246)	10/05/2023
6454197	04009-2302423644	ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA - (890280)	10/05/2023
6454197	04009-2302423236	UROLOGIA - (890294)	10/05/2023
6454197	19585-2300976092	DERMATOLOGIA - (890242)	28/02/2023

Finalmente, en lo que tiene que ver con la solicitud del accionante, en relación a que le brinde asesoramiento respetivo sobre cómo puede mejorar su situación actual con una EPS que no cubre sus derechos, sea del caso precisarle que el accionante puede acudir a las oficinas administrativas para consultar con los asesores de su EPS para que le informen sobre todos los temas referentes a la prestación del servicio de salud que tiene derecho, y en caso que no prospere, en el evento de no contar con recursos para un abogado de manera particular, puede acudir ante la Defensoría del Pueblo o de consultorios jurídicos de Universidades para que lo asesoren sobre cómo mejorar su situación actual en lo referente a la prestación del servicio de salud.

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

COSTAS.

Sin costas en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR de la decisión proferida en primera instancia el 8º de junio de 2023 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Link del expediente digital: [11001220500020230071201](https://www.cajadigital.gov.co/consulta/11001220500020230071201)