



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 04-2021-00069-01

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

DEMANDANTE: **JOHN GLEYNER BEJARANO LOZANO**
DEMANDADO: **COASPHARMA SAS**
ASUNTO: **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada COASPHARMA presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 25 de enero de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JOHN GLEYNER BEJARANO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **COASPHARMA SAS**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Declarar que el contrato individual de trabajo a término indefinido vigente entre el 2 de abril de 2007 y el 10 de marzo de 2020, fue terminado por el empleador, unilateralmente y sin justa causa.

CONDENAS:

1. Reconocer y pagar indexada mente al demandante, la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, del contrato de trabajo que lo ligó con la empresa demandada, entre el 2 de abril de 2007 y el 10 de marzo de 2020, consagrada en los numerales 1º y 2º del literal a) del artículo 64 del CST, modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002.
2. Pagar las costas del proceso, si se opone a él, así como los gastos que se causen incluyendo las agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **COASPHARMA SAS**, 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 17 de agosto de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 4º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 29 de noviembre de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

DECLARÓ PROBADA la excepción denominada configuración de una justa causa atribuida al demandante para dar por terminado el contrato de trabajo unilateral.

CONDENÓ en COSTAS a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Procede la Sala a resolver el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor del demandante, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí la terminación del contrato de trabajo el día 10 de mayo de 2020 se realizó de manera unilateral y sin justa causa, y **2)** En caso afirmativo, si es procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Sea lo primero precisar, que no existe controversia, que, entre el señor JOHN GLEYNER BEJARANO LOZANO y la sociedad demandada, existió una relación laboral, desempeñando el cargo de: Supervisor Producción, el cual estuvo vigente desde el 1 de febrero de 2012 hasta el 10 de marzo de 2020, tal y como consta del otro sí No 01 que data del 1 de marzo de 2014, carta de terminación y liquidación final del contrato de trabajo.

TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Conforme la documental visible en el expediente, se logra determinar que mediante misiva del 10 de marzo de 2020, la sociedad demandada le informó al señor JOHN GLEYNER BEJARANO LOZANO la decisión de terminar el contrato de trabajo con justa causa bajo los siguientes términos:

“Me permito comunicarle que la empresa ha decidido DAR POR TEMRINADO, a partir de la fecha, UNILATERALMENTE Y CON JUSTA CAUSA, el contrato de trabajo a término indefinido vigente con usted y en virtud del cual estaba ejerciendo las funciones de SUPERVISOR DE PRODUCCIÓN.

Esta decisión es adoptada luego de haber recibido luego de haber recibido sus descargos en diligencia rendida el día 05 de marzo de 2020, a partir de los cuales la empresa evidenció su incumplimiento injustificado al compromiso de estudio que adquirió con la empresa a partir del mes de mayo de 2018.

Vale recordar que debido a los nuevos requerimientos por parte de las autoridades sanitarias al respecto de los perfiles de algunos cargos específicos con que cuenta la compañía, entre ellos, el de supervisor de Producción, la empresa previendo tales cambio, le otorgó la oportunidad de formarse académicamente, para lo cual le concedió en cinco (5) oportunidades nivelaciones salariales, incluido el ascenso respectivo, que le permitieran solventar gradualmente los pagos que el inicio y culminación de sus estudios pudieran acarrear. Como soporte del inicio de tal compromiso, usted aportó en el mes de agosto de 2018 certificación emitida por la Fundación Universitaria San Mateo, según la cual usted se encontraba allí matriculado 'para cursar asignaturas correspondientes al I semestre, durante el 02 periodo del año 2018, en el programa TÉCNICA PROFESIONAL EN OPERACIÓN DE PROCESOS DE PRODUCCIÓN Código SNIES No 103902.'

De dichas nivelaciones dan cuenta comunicados escritos dirigidos por la empresa, el primero de ellos fechado el 13 de febrero de 2018 según el cual pasó a tener ingresos de \$1.350.000 a partir de dicho mes; cuatro (04) meses después de esa primera nivelación como incentivo, se le comunicó su nuevo ingreso mensual por valor de \$1.500.000: tres (3) meses después nuevamente se le comunica que a partir del mes de septiembre de 20178 su nuevo ingreso mensual será de \$1.850.000; dos (2) meses después se le comunica que a partir del mes de noviembre de 2018 su nuevo ingreso mensual será de \$2.500.000, finalmente a partir del mes de febrero de 2020 se le notificó nuevo ingreso salarial por valor de \$2.650.000.

Es de resaltar que dichos reconocimientos o incentivos económicos en pro de su formación académica fueron notificados y recibidos en el marco de la confianza depositada en usted por parte de la compañía, pues todos ellos fueron otorgados cuando en múltiples oportunidades usted manifestaba encontrarse estudiando con total normalidad, dando a entender a sus superiores jerárquicos el hecho de haber obtenido avances académicos. Por ende, en el marco de la buena fe, la empresa continuó concediendo y oficializando en su favor cada una de las nivelaciones a las que se comprometió desde el mes de mayo de 2018 para que en retribución usted cumpliera con el perfil académico requerido para ocupar el cargo de Supervisor de Producción previendo las nuevas exigencias normativas en producción de medicamentos aplicables a la empresa.

No obstante los innumerables estímulos económicos otorgados y la confianza en medio de la que se concedieron, la empresa ha sido informada de que pasados mas de 20 meses después de su compromiso de iniciar sus estudios, usted no solo suspendió sus estudios sin dar aviso a la empresa sino que a la fecha tan solo ha cursado material del primer (I) semestre del programa académico elegido. Aunado a ello, según manifiesta en diligencia de descargos, no le interesa continuar estudiando, ni el programa ya iniciado ni ningún otro que represente una carga económica diferente.

Tal como se manifestó anteriormente, las nivelaciones a las que se comprometió la compañía, se otorgaron en aras de ofrecer mejorar su perfil académico y profesional dado que en las futuras auditorías externas que se llevarán a cabo en la empresa por parte de las autoridades sanitarias respectivas, se verificarán perfiles profesionales de un sinnúmero de cargos, entre ellos, el cargo de supervisor de Producción, el cual debe cumplir con las exigencias académicas que usted conoce y que de no cumplirse acarrearía consecuencias desfavorables para la compañía.

Debido a que usted ha incumplido con su compromiso de continuar adelantando los estudios elegidos y se niega a continuar o iniciar un programa que le permita mantenerse en el cargo al cual fue ascendido en forma anticipada en medio de un compromiso recíproco entre empresa y trabajador, nos encontramos ante un grave incumplimiento de las instrucciones impartidas poa la empresa, es decir, dar

inicio y culminar un programa académico que le permitan adaptarse a las nuevas exigencias normativas en materia de producción de medicamentos y similares.

El no cumplimiento del perfil requerido para tal cargo, hace que su caso se enmarque en la causal de ineptitud para continuar ejercicios u cargo actual, lo cual da lugar a la configuración de una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo (numeral 13 del artículo 59 del Reglamento Interno de Trabajo).

(...)

Como es de su conocimiento, para el segundo semestre del año 2019 aún se encontraba cursando primer semestre del programa académico elegido y que fue solo hasta el año 2020 que por seguimiento hecho por parte de la empresa usted manifestó que no continuaría estudiando.

Así las cosas y atendiendo lo dispuesto en la ley sustantiva laboral respecto de dicha causal, usted laborará hasta el día de hoy 10 de marzo de 2020, debiendo hacer entrega de todos los elementos que le han sido confiados para el cumplimiento de la labor encomendada.”

Visto lo anterior, se tiene por acreditado que el demandante con el fin de cumplir con los requisitos del cargo desempeñado SUPERVISIÓN DE PRODUCCIÓN, se comprometió a estudiar, conforme documento numero 4 a folio 31; Que para suplir económicamente los gastos de estudio la demandada realizó nivelaciones salariales, documento número 4, folio 32 a 36.

En ese sentido, la demandada le brindó las oportunidades al actor para cumplir con las exigencias propias del cargo como supervisor de producción, que se indican en la demanda como supervisor de operación en procesos producción, téngase en cuenta que el actor trabaja para un laboratorio farmacéutico.

Se tiene igualmente que el actor, previo al despido, fue citado a diligencia de descargos el 5 de marzo de 2020, donde el mismo demandante manifestó que no continuo con su estudio y que tampoco está dispuesto a continuar haciéndolo, tal y como se observa en el documento número 5, folio 5 a 7.

La anterior manifestación fue ratificada por el propio actor en interrogatorio de parte en audiencia en este recurso de este proceso, quien indicó además que la nivelación de la que se benefició no fue producto propiamente de la oportunidad de que se le dio para capacitarse para mantenerse en el cargo, si no que obedecía a una nivelación salarial que le correspondió como quiera que los salarios eran muy bajos, pero sin que aportara elementos de juicio que permitieran colegir que efectivamente esa nivelación salarial obedecía a temas inminentemente de políticas la empresa y no a temas de capacitación y a un compromiso de capacitación.

Así mismo, la anterior situación fue corroborada por el representante legal de la demandada y la testimonial que rindieron **INÍRIDA BAUTISTA LEÓN, YENY PAOLA BAEZ Y LIBARDO CASTRO PRIETO**, que fueron coincidentes en manifestar que el señor BEJARANO LOZANO no continuo estudiando y que no estaría dispuesto a seguir haciéndolo.

En suma, se tiene que la empresa demandada tenía la intención de seguir contando con los servicios del demandante, pues si bien lo ubicó en un cargo al cual no tenía los requisitos para el mismo, le brindó las herramientas para su crecimiento académico y profesional y así poder continuar con el cargo desempeñado, pero fue el demandante quien incumplió su compromiso de formación.

En ese sentido, para la Sala el despido efectuado el 10 de marzo de 2020 se ajusta a las exigencias legales enunciadas anteriormente; razón por la cual, no le asiste derecho a la parte demandante a que le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por acreditarse la justa causa para ser despido, por lo que se **CONFIRMARÁ** 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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el día 29 de noviembre de 2021, 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

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310500420210006901](https://expediente.gub.ve/11001310500420210006901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 07-2019-00060-01

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

DEMANDANTE: **WALTER TAUTA SANDOVAL**
DEMANDADO: **ÁLVARO STIVEN GUERRERO LÓPEZ
VIVIANA GUERRERO LÓPEZ
NOHELIA LÓPEZ**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDADA)**

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 9º Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de febrero de 2022 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

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

ANTECEDENTES

El señor WALTER TAUTA SANDOVAL, instauró demanda ordinaria laboral contra de los señores ÁLVARO STIVEN GUERRERO LÓPEZ, VIVIANA GUERRERO LÓPEZ y NOHELIA LÓPEZ, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Que entre la demandante y los señores ÁLVARO STIVEN GUERRERO LÓPEZ, VIVIANA GUERRERO LÓPEZ y NOHELIA LÓPEZ existió un contrato de trabajo a término indefinido.
2. Que la relación laboral existente terminó por parte de los demandados sin justa causa, sin que a la fecha se haya realizado el pago de las correspondientes prestaciones sociales generadas por dicha relación.

CONDENATORIAS:

1. Por concepto de cesantías del 15 de junio de 2015 a 30 de diciembre de 2015, la suma de \$417.673.
2. Por concepto de intereses a las cesantías del 15 de junio de 2015 a 30 de diciembre de 2015, la suma de \$27.288.
3. Por concepto de prima de servicios del 15 de junio de 2015 a 30 de diciembre de 2015, la suma de \$417.673.
4. Por concepto de cesantías del 01 de enero de 2016 a 09 de febrero de 2016, la suma de \$88.926.
5. Por concepto de intereses a las cesantías del 01 de enero de 2016 a 09 de febrero de 2016, la suma de \$1.156.
6. Por concepto de prima de servicios del 01 de enero de 2016 a 09 de febrero de 2016, la suma de \$88.926.
7. Por concepto de vacaciones del 15 de junio de 2015 a 09 de febrero de 2016, la suma de \$240.783.
8. Condenar a los demandados al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, en un día de salario (\$24.590,56), por cada día de mora, desde el 10 de febrero de 2016 y hasta cuando se verifique su pago.
9. Condenar a los demandados al pago de los excedentes de salarios por un valor de \$1.553.615.
10. Condenar a los demandados al pago de los auxilios de transporte que nunca fueron pagados por valor de \$613.132, correspondiente desde el 15 de junio de 2015 al 09 de febrero de 2016.
11. Condenar a los demandados al reconocimiento y pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías, en un día de salario \$24.590,56 por cada día de mora, desde el 14 de febrero de 2016 y hasta cuando se verifique el pago.
12. Condenar a los demandados al pago de la indemnización moratoria por despido sin justa causa por un valor de \$737.717.
13. 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 08 de noviembre de 2019.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de febrero de 2022, **DECLARÓ** que entre el señor WALTER TAUTA SANDOVAL y los señores MARLEY VIVIANA GUERRERO LOPEZ, ALVARO STIVEN GUERRERO LOPEZ y NOHELIA DE JESUS LOPEZ GIL, existió un contrato verbal a término indefinido desde el 15 de julio de 2015 hasta el 9 de febrero de 2016, devengando como salario mensual el mínimo legal vigente.

CONDENÓ a los demandados a pagar al señor WALTER TAUTA SANDOVAL las siguientes sumas de dinero, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia:

CESANTÍAS: \$434.323

INTERESES A LAS CESANTÍAS: \$29.534

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS no hay lugar como quiera que la relación laboral terminó el 9 de febrero de 2016 y dicha indemnización se causa a partir del 15 de febrero de cada año.

PRIMA DE SERVICIOS: \$434.323

VACACIONES: \$195.345

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: La suma de \$22.982 pesos a partir del 10 de febrero de 2016 hasta el momento en que se realice el pago, lo cual hasta la fecha de hoy arroja la suma de \$49.939.886.

AUXILIAR DE TRANSPORTE: \$523.600

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO: \$689.454

DECLARÓ NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS.

CONDENÓ en costas a la parte demandada y las agencias en derecho se tasaron en el 7% de la condena.

RECURSO DE APELACIÓN

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

- 1. EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Señala que la parte demandante no acreditó la existencia de un vínculo laboral entre las partes, toda vez que se allegó una declaración testimonial que indicó que había existido ocasionalmente una colaboración o ayuda por parte del demandante a los demandados. Adicionalmente, todos los testigos declararon extremos temporales diferentes de la relación laboral, tanto es así que, algunos manifestaron que el actor prestó sus servicios para los demandados entre los años 2012 y 2013, mientras que el mismo demandante afirma que desde el año 2015, lo que evidencia una contradicción en los dichos, por lo que no hay certeza real de cuando inició la supuesta prestación del servicio, y no puede dársele credibilidad a un solo testigo, pues no puede perderse de vista que la demandada trajo 3 testigos y la parte demandante tan solo trajo 1 testigo, del cual no puede colegirse la existencia de la relación laboral, máxime cuando no fueron acreditados los extremos temporales de la relación laboral.
- 2. FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA:** Aunado a que no puede tenerse como extremo inicial el 15 de julio de 2015, dado que, de acuerdo a las declaraciones de los testigos, para esa data, la demandada VIVIANA, ya había entregado el local comercial, conforme las pruebas documentales que reposan en el expediente, por lo tanto, para julio de 2015, los servicios que prestaba el demandante no eran para los demandados de esta acción, sino para el señor ALVARO GUERRERO, por lo que también existe una falta de legitimación en la causa por pasiva, pues para la fecha en que el juzgado declaró la existencia de una relación laboral fue para personas que no fueron demandadas en el presente asunto.
- 3. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Solicita que en caso de confirmar la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo, solicita se declare la excepción de prescripción, toda vez que como se lo manifestó la demandada VIVIANA, el actor prestó sus servicios hasta el año 2014, esto es, ya han pasado más de 3 años desde que las supuestas prestaciones laborales se hicieron exigibles, pues las mismas prescribieron en el año 2017. Ahora, en relación a las prestaciones laborales de los años 2015 y 2016, igualmente se encuentran prescritas y no puede tomarse la citación de conciliación ante el Ministerio como el simple reclamo del trabajador, porque no hubo asistencia de las partes, por lo que la citación ante el Ministerio no puede tomarse como interrupción de la prescripción dado que como lo establece el artículo 489 debe ser el simple reclamo, aquí no hubo un reclamo, aquí sencillamente llegó una citación pero no hubo una

reclamación, por lo tanto no puede considerarse interrumpida la prescripción.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí conforme el material probatorio obrante dentro del expediente, es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre el señor WALTER TAUSA SANDOVAL y los señores ÁLVARO STIVEN GUERRERO LÓPEZ, VIVIANA GUERRERO LÓPEZ y NOHELIA LÓPEZ. **2)** En caso afirmativo, si es procedente el pago las acreencias laborales solicitadas en la demanda.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así pues, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre el señor WALTER TAUTA SANDOVAL y los señores ALVARO STIVEN GUERRERO KÓPEZ, VIVIANA GUERRERO LÓPEZ y NOHELIA LÓPEZ existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales así como lo concluyó el Juzgador de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

Descendiendo al *sublite*, el señor WALTER TAUTA SANDOVAL, aduce en su escrito de demanda que el 15 de junio de 2015 suscribió contrato con los señores MARLEY VIVIANA GUERRERO LÓPEZ, ÁLVARO STEVEN GUERRERO LÓPEZ y NOHELIA LÓPEZ GIL, se pactó un contrato de trabajo verbal, a término indefinido, para desempeñar el oficio de ADMINISTRADOR DE LOCAL COMERCIAL, ubicado en la Carrera 19 No 10-85 de Plaza España, pactaron como salario la suma de \$600.000 pesos mensuales, esto es un salario menor al mínimo y sin auxilio de transporte.

Por su parte, los demandados niegan la existencia de una relación laboral, por el contrario indicaron que eran ellos mismos quienes atendían de manera personal

el local comercial, que el demandante nunca ejecuto actividad alguna a favor de ellos, y que para el 15 de febrero de 2014, la demandada VIVIANA GUERRERO ya había entregado el local a su propietaria.

Obran dentro del plenario las siguientes pruebas documentales: citaciones presentadas por el demandante ante el Ministerio del trabajo y seguridad social, para conciliar las diferencias generadas por la relación laboral que tuvo con los demandados, lo cual no comparecieron según las constancias visibles a folio 13 y 15 del mismo expediente. Certificado de matrícula de persona natural de la demandada MARLEY VIVIANA GUERRERO LÓPEZ, propietaria del establecimiento de comercio “DANY BETANCOURT PELUQUERIA ARTE Y BELLEZA”.

Reposa igualmente certificación expedida por la señora KATERINE AVENDAÑO del 9 de mayo de 2019, en la que hace constar que, la demandada MARLEY VIVIANA GUERRERO LÓPEZ fue su arrendataria en el inmueble ubicado en la dirección Cra. 19 No. 10 – 85 local 194 – 195 Centro Comercial Plaza España desde el 15 de febrero de 2013 hasta el 15 de febrero de 2014, porque aduce que para dicha data vendió el inmueble y la demandada VIVIANA GUERRERO lo entregó.

A folio 51, obra certificación del señor ERNEY ANTONIO BETANCOURT, en calidad de representante legal de ALTA PELUQUERÍA LOS PROFESIONALES, donde hace constar que la demandada MARLEY VIVIANA GUERRERO LOPEZ, laboró para esa empresa vinculada a través de contrato por prestación de servicios, 4 años, desempeñándose inicialmente como auxiliar y posteriormente como manicurista, en los primeros dos años de trabajo, en el horario de la tarde, ay que en la mañana se encontraba estudiando, recibiendo un salario mensual de \$800.000.

Finalmente, a folio 60 reposa certificación expedida el 24 de mayo de 2019, por el señor CLAUDIO MAURICIO MOLINA GONZALEZ, en calidad de Gerente de la empresa INDUSTRIAS BICICLETAS MILAN SA, mediante la cual hace constar que la razón social ALVARO ESTIVEN GUERRERO LOPEZ identificada con NIT 1032407511-8 prestó sus servicios como transportador independiente para la compañía, dentro del tiempo comprendido entre el 12 de febrero de 2014 hasta el 28 de febrero de 2018, cumpliendo de manera satisfactoria sus compromisos comerciales.

Por otro lado, se recibió el **interrogatorio de parte** al demandante, quien indicó que laboraba en el centro comercial Plaza España como vendedor en el local 017, argumenta que más o menos desde julio de 2015 comenzó para los demandados

y su padre, hasta que le dio un paro cardíaco, que el señor ALVARO STIVEN GUERRERO (hijo) se hizo cargo de la administración del local un tiempo mientras el papa se recuperaba. Que contrataron al demandante por tiempo completo hasta que cerraron el local. Señala que le rindió cuentas a todos los demandados, que no recuerda con exactitud la fecha de inicio de sus labores, pero que recuerda que fue a inicios de julio de 2015 aproximadamente, hasta el 9 de febrero de 2016, desempeñando sus funciones de domingo a domingo, con un salario de \$20.000 diarios. Que por autorización de los demandados, el demandante sacaba su pago diario de las ventas porque según él, los demandados, rara vez iban al local. Que el contrato de trabajo se terminó porque el arriendo del local se venció y tuvieron que entregarlo.

Por otro lado, la demandada **MARLEY VIVIANA GUERRERO LÓPEZ**, en su interrogatorio, manifestó que su ocupación es estilista, que conoció al demandante porque estudiaron en el mismo colegio y fue compañero de estudio de su hermano Steven Guerrero, que cuando ella montó unos locales ella no se hablaba con el actor, pero su hermano le pidió que le diera unos días de trabajo al señor Tauta, y que le colaboró por algunos días en el año 2012 en los locales 194 y 195, pero que ese local lo entregó en el año 2014, fecha para la cual entró a estudiar belleza, por lo que le dejó una mercancía a su padre, para que la rematara; por lo que firmó contrato de arrendamiento con la señora MARIA SOLEDAD DAZA ROMERO – propietaria del local 186, pero reitera que no trabajaba en ese local, quien estaba era su padre y el señor JESUS SANDOVAL. Que su padre fue quien pagó el arriendo del local comercial por los primeros tres meses, luego el señor SANDOVAL se encargó de cancelarlo.

Por su parte, el señor **ÁLVARO STEVEN GUERRERO LÓPEZ**, señaló que labora con carros de carga, que su hermana VIVIANA empezó un negocio en el centro comercial Plaza España de ropa deportiva y él trabajaba en Homecenter. Que su hermana necesitaba una persona que le ayudara que fuera de confianza y como él conocía a Walter Tauta, porque habían estudiado juntos, le dijo a VIVIANA que le diera trabajo, que él cree que lo metieron en eso porque él a veces le daba dinero a su hermana para que surtiera el negocio, pero que eso fue mucho antes, que sí él iba al negocio porque trabajaba cerca y su papá y su hermana estaban allá, y su otro hermano Edwin Guerrero. Manifestó que cuando su hermana se salió del comercio le dejó el local a su papá y le dijo que rematara la mercancía entonces su papá tomó el local y empezó a vender la mercancía, pero ahí se enfermó y fue cuando empezó el vínculo con Walter Tauta, pero ese vínculo fue entre Tauta y su papá, pero que cuando su papá se enfermó él no sabe cómo fue el negocio entre ellos, porque nunca preguntó por la mercancía y Viviana le dijo que ahí estaba trabajando Walter Tauta y que se la había entregado a Jesús y

que Viviana le dijo a Tauta que abriera el negocio para que no siguiera generando arriendo sin venderse la mercancía que estaba en el local comercial.

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la señora **NOHELIA DE JESÚS LÓPEZ GIL**, quien manifestó que conoció al demandante porque fue compañero de estudio de su hijo Steven, que el demandante llamaba a su casa a decirle a Steven, que si le daba trabajo en el local y él no tenía trabajo, entonces cuando se enfermó su esposo, ese día ella fue al local y ahí ya estaba Tauta. Que la deponente le recomendó el local mientras su esposo salía de la enfermedad, pero ella nunca lo contrató, ella solo le dijo ese día, que eso fue como el 2015, pero la fecha exacta no se acuerda, que nunca lo llamaba a diario y él quedó con Jesús Sandoval que fue el que quedó finalmente con la mercancía que estaba en el local comercial. Que ella recibía los dineros que se producía por la venta de la mercancía, que Tauta, el señor demandante se los llevaba, el que el demandante estaba autorizado para sacar los \$20.000 pesos diarios para el pago de su salario y quien lo autorizó a descontar esos \$20.000 pesos diarios por su trabajo fue la señora demandada Viviana.

Aunado a lo anterior, se escuchó el testimonio de la señora **SULLY ALFONSO SÁNCHEZ**, quien indicó que desde el año 2009, tiene un local de ropa deportiva y son fabricantes, que conocen demandante en el comercio en Plaza España hace unos 10 años, también conoce a los demandados porque tenían negocios en el comercio en ese centro comercial, que el señor Tauta trabajaba con ellos, después que el señor Álvaro, el padre de los demandados, sufrió un infarto en el año 2014, era vecino porque el local de ellos era el 186 y el de ella el 188. Vio a la señora Nohelia, en el local recogiendo cuentas y haciendo inventarios, ella era la dueña de esa mercancía, ella era la encargada, no sabe cuánto le pagaban a Tauta, el duró más o menos un año, le dijo que debía responder por las cuentas de proveedores, que las señoras Noelia y Viviana eran las encargadas de ese local, no la estaban cancelando el salario. Que la presencia de los demandados era esporádica, no era permanente. Dice que el señor Tauta, si cumplía un horario de 10 a.m. a 6:00 o a 6:30 p.m. todos los días, de domingo a domingo, en el local comercial, que el demandante recibía órdenes de Noelia y Viviana, que el señor Álvaro Steven, socio capitalista de ese negocio del establecimiento comercial, no sabe exactamente los días que iba Doña Noelia, tuvo conocimiento con la señora Noelia le dijo Tauta que la plata se la entregaran a ella y no a Viviana, el demandante trabajaba en otro local, cuando el señor Álvaro le dio el infarto, él fue contratado por ese evento en el local 186, de propiedad de los demandados. Finalmente, que los demandados, entregaron el local a su propietaria y por eso terminó la labor del demandante, posteriormente el demandante siguió trabajando en centro comercial en el 2017, aproximadamente.

La testigo **KAREN DANIELA HERNÁNDEZ BOHORQUEZ**, indicó conocer a los demandados porque es pareja del señor demandado Álvaro Stiven hace 8 años, conoce al demandante porque también trabajó en el mismo establecimiento, no sabe el número de local, que le pidió a la demandada Viviana que la dejara trabajar en el 2012, solo por la temporada de diciembre del 2012, que para el 2015 no sabe si el señor Tauta, estaba trabajando en el establecimiento y sabe que Viviana dejó de ir en el 2013, porque empezó un curso de estilista, no sabe si el señor Walter trabajo con el señor Álvaro, quien sería su suegro, sabe que Viviana cerró el local y por eso terminó la relación con el señor Tauta y también dice que el señor Tauta y el demandado el señor Álvaro Steven, eran amigos porque estudiaron juntos.

El testigo **ARNOLD STEVEN JIMÉNEZ CARVAJAL**, indicó conocer al demandante trabajando en Plaza España, desde mediados del 2011 hasta finales del 2012 trabajaba en un local de vendedor de ropa importada, señala que el demandante trabajó para la señora Viviana los fines de semana o por temporada. Después del 2013, el testigo dice que perdió contacto, no sabes si el demandante siguió trabajando.

Finalmente, el testigo **CRISTIAN JOHAN GARCÍA** dijo ser comerciante en Plaza España también. Que conoce a los demandados de toda la vida, viven en el mismo barrio, son vecinos de toda la vida y conoce al demandante porque estudio con Álvaro Steven Guerrero, que eran conocidos, se la pasaban como amigos, en fiestas. Dice que en el comercio se trabaja por días y le dan un básico a los trabajadores de \$20.000 pesos diarios y eso es para laborar por día o para hacer reemplazos, que vio trabajar al demandante unos días en el local que no era de los demandados, antes del año 2014. Que no sabe a quién el demandante le entregaba cuentas de la venta que hacía, no sabe hasta qué fecha trabajo el demandante, sabe que él se fue para Brasil para el mundial del año 2014, para el 2015 no sabe para quien trabajaba el señor demandante y para octubre del 2015 trabajó unos días los fines de semana, después trabajo para Viviana que tiene locales en Plaza España, ahorita no sabe con quién trabaja el demandante.

Así pues, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, y contrario a lo afirmado por el apelante, ha de precisar esta Sala que la parte demandante cumplió con la carga de la prueba de la prestación personal de servicio, cumpliendo con la presunción establecida en el artículo 24 del CST; en tanto que los mismos demandados en su interrogatorio de parte señalaron que efectivamente hubo una prestación personal del servicio por parte del actor para los demandados en el local comercial de Plaza España.

Debe precisarse que la conclusión de que efectivamente hubo una prestación personal del servicio por parte del actor para los demandados, no se basó únicamente en el testigo que se decretó a favor del demandante, sino que, por el contrario, debe señalarse que, los mismos demandados y testigos decretados a favor de la parte demandada fueron fehacientes y coincidentes en afirmar que el señor WALTER TAUTA SANDOVAL prestó de manera personal sus servicios para los accionados.

No obstante lo anterior, en lo que tiene que ver con los extremos temporales de la relación laboral, si bien en la demanda, el actor solicita se declare la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 15 de junio de 2015 hasta el 9 de febrero de 2016, no se tiene claridad al respecto del extremo inicial, pues tal situación no fue totalmente clara en el interrogatorio de parte que se le practicó al demandante, pues el mismo indicó que su relación laboral con los demandados había comenzado más o menos en junio de 2015, sin que recordara con exactitud la fecha de inicio de sus labores, pero que solo recuerda que fue a inicios de junio de 2015.

Lo mismo ocurrió con los testigos que se recibieron, pues si bien todos afirmaron que el demandante prestó de manera personal sus servicios para los demandados, no fueron claros ni coincidentes en afirmar un extremo inicial de la relación laboral.

Ahora, si bien en la demanda solicita se declare que la existencia de la relación laboral comenzó el 15 de junio de 2015, lo cierto es que no hay ninguna prueba ni documental ni testimonial, conforme lo afirma el recurrente, que acredite efectivamente la fecha de inicio ni de la terminación de la relación laboral, resaltando que las certificaciones y pruebas documentales allegadas al plenario en nada dan cuenta si quiera de la prestación personal del servicio, ni mucho menos de los extremos de la relación laboral que pretende.

En ese orden de ideas, si bien se acreditó la prestación personal del servicio, lo cierto es que en múltiples sentencias expedidas por la H. Corte Suprema de Justicia ha adocinado que una vez demostrada la prestación personal del servicio, no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros.

Aunado a lo anterior, no es procedente tomar el 15 de julio de 2015 como extremo inicial, como lo indicó el Juzgador de primer grado, al tratarse la fecha en que enfermó el padre de los demandados y esposo de la señora NOHELIA, pues ni si quiera concuerda con el que solicita el demandante en su escrito de demanda, en tanto que no fue una fecha cierta ni exacta que indicaron los demandados, tan solo hacían referencia al paro cardíaco que padeció el señor en el año 2015, sin que pueda concluirse el 15 de julio de 2015 como extremo inicial de la relación laboral.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL249 Rad. 61373 del 6 de febrero de 2019, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrinó:

*“Al respecto, recuerda la Sala que aunque se acredite la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo, en los términos del artículo 24 ibídem, **ello no exime al demandante de cumplir con otras cargas probatorias**, como lo son, verbigracia, los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros. Ello en aplicación a la regla general de la carga de la prueba, por virtud de la cual, quien afirma la existencia de un supuesto está compelido a demostrarlo, tal como acontece en el sub lite.”*

Teniendo en cuenta lo expuesto, la deficiencia probatoria relacionada con la temporalidad del vínculo jurídico que ató a las partes, impide la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que la prueba recaudada no permite determinar la existencia de una relación laboral entre las partes dentro del periodo comprendido entre el 15 de junio de 2015 al 9 de febrero de 2016, lapso por el cual se incoó la presente demanda; y que por el contrario, no se logró demostrar los extremos de la relación laboral, razón por la cual, al no reunirse los elementos establecidos en el artículo 23 del CST para determinar la existencia de una relación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P y en concordancia con los principios que informan la carga de la prueba, no queda otro camino que **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

La Sala se releva del estudio de los demás motivos de inconformidad incoados en el recurso de alzada.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de febrero de 2022 por el Juzgado séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme las consideraciones que anteceden.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia. Las de primera a cargo de la parte demandante.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310500720190006001](https://expediente.digita.gov.co/11001310500720190006001)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 09-2020-00239-01

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

DEMANDANTE: **GERMAN CAICEDO SAAVEDRA**
DEMANDADO: **LABORATORIOS REMO SAS**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo de 2022 en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

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

ANTECEDENTES

El señor GERMÁN CAICEDO SAAVEDRA, instauró demanda ordinaria laboral contra de LABORATORIOS REMO SAS, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Se declare que entre las partes existió una relación laboral, mediante un contrato de trabajo verbal, a partir del 1 de febrero de 2016, cumpliéndose

así los preceptos para que este sea determinado como un contrato de trabajo a término indefinido.

2. Se declare que relación laboral entre las partes terminó el 31 de marzo de 2018.
3. Se declare que entre las partes se pactó un salario mensual, equivalente a \$4.780.000, desde el inicio de la relación laboral.
4. Se declare que en vigencia de la relación laboral, la demandante nunca fue afiliado al Sistema de seguridad social, por parte del empleador, violando de esta manera los derechos de la demandante.
5. Se declare que la demandada terminó el contrato de trabajo sin justa causa, al no haberse realizado proceso disciplinario alguno, que conllevara a su terminación, ni tampoco haberse invocado alguna de las causales contempladas en el CST, para tal fin.
6. Se declare que la demandada de manera injustificada e ilegal, nunca cumplió con sus responsabilidades como empleadora de la demandante, al no efectuar el pago a seguridad social, parafiscales, primas, cesantías, intereses de las cesantías, ni vacaciones de la demandante.
7. Se declare que la demandada modificó unilateralmente el salario de la actora, disminuyendo su ingreso mensual.
8. Se proceda a declarar la re-liquidación de los salarios y así mismo se paguen la liquidación de prestaciones sociales, indemnizaciones y demás condenas que recaigan sobre el demandado.

CONDENAS:

9. A la demandada al pago de la liquidación de prestaciones sociales de la demandante, la cual asciende a la suma de \$26.983.098,59, calculados acorde al salario pactado de \$4.780.000.
10. A la demandada al pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, contemplada en el artículo 64 del CST, en un total de 53,33, por valor de \$8.497.246,66.
11. A la demandada al pago de interés moratorios por el no pago de la correspondiente liquidación de prestación sociales, a la fecha efectiva de pago.
12. Se condene a la demandada al pago de interés por el no pago de la correspondiente prima de manera oportuna hasta la fecha efectiva de pago.
13. Se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria, por el no pago de cesantías, contemplada en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
14. Se condene a la demandada a pagar la indemnización moratoria, por el no pago de intereses a las cesantías, contemplada en el numeral 3º del artículo primero de la Ley 52 de 1975 por valor de \$1.091.433,26.

15. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad LABORATORIOS REMO SAS, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 14 de diciembre de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 9° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de marzo de 2022, **DECLARÓ** probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación.

ABSOLVIÓ a LABORATORIOS REMO SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra en el presente asunto.

COSTAS a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$500.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

- 1. EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:** Señala que si bien se negó la existencia de la relación laboral, lo cierto es que, no puede tenerse como cierto que existió un contrato de prestación de servicios, como quiera que el mismo debe estar por escrito, lo cual nunca se llevó a cabo, nunca hubo por escrito un contrato escrito.
Por otro lado, si bien la testigo Olga manifestó que el demandante ejercía un contrato de prestación de servicios, es claro que la demandada tenía un control sobre la demandante, ya que lo hacía firmar los libros de llegadas y de salidas. Adicionalmente, teniendo en cuenta que el representante legal de la demandada nunca indicó si efectivamente o no ejercía control sobre el demandante, sin embargo si recibía órdenes de los días de los viajes, recibía viáticos, imponiéndole un horario laboral, y en ese sentido, de conformidad con la sentencia C 665 de 1998, el empleador para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el Juez la verdad, si lo que existe es un contrato civil, demostrar que no había contrato laboral, por el contrario, la empresa siempre observó unos vacíos, pues si bien hubo una subordinación, el demandante para ausentarse, debía pedir permisos a la

Señora Olga; así mismo, le suministraban todo lo relacionado para que pudiera ejercer su labor.

Ahora bien, teniendo en cuenta que se duda sobre la subordinación, lo cierto es que siempre se conoció una jerarquía, que siempre se reconoció que el representante legal ejerció subordinación, pues en un evento en estar enfermo, debía informárselo, y a quien le reportaba sus labores.

2. TRABAJO DE LA EMPRESA: Señala que en relación a la misión y visión de la empresa demandada, está incluida la capacitación, comercialización de los productos, es claro que el demandante ejercía la labor de la empresa, y si bien hicieron creer o manifestaron que era un contrato de prestación de servicios, el cual no fue firmado, al pensar que al tener un día libre no tendría subordinación, por el contrario, al demandante siempre le exigieron, además porque debía asistir a reuniones sin importar la agenda del demandante, le organizaban los viajes, todo, el actor no podía ejercer los cronogramas como se enviaban al correo electrónico, tan solo debía cumplir con la capacitación, para lo cual había sido contratado.

3. SUBORDINACION: Se logra acreditar con el material probatorio dentro del plenario que del correo remitido por el Señor Guido a la señora Olga, donde le exige un informe sobre las gestiones realizadas por el demandante, al que responde que los días que tiene que laborar, se le exigió que debía informar a diario su gestión.

Es evidente que el demandante debía cumplir un horario, pese a que le decían que podía trabajar 3 o 4 días no mas a la semana, era sujeto de llamados de atención por desacuerdos que tenían, los cuales nunca fueron por escrito, pues se los daba verbalmente, y la ultima palabra la tenía el señor Guido, así pues, de conformidad con al sentencia 386 de 2000, señala que la subordinación no consiste en el ejercicio permanente y constante del poder de dirección y disciplina por parte del empleador, sino la posibilidad jurídica de ejercer actos sobre otra persona, si bien no todos los días estaba constantemente exigiéndole, lo cierto es que si se le exigía los días que debía asistir, pues se acredita igualmente la mala fe de la demandada al decirle al actor que solo fuera a trabajar 3 o 4 días, ejercía las funciones conforme la misión y visión de la empresa demandada, ejerciéndole sobre él la subordinación, por consiguiente, no hay lugar a dudar que el demandante tenía un contrato laboral con la sociedad demandada.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí conforme el material probatorio obrante dentro del expediente, es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre el señor GERMÁN CAICEDO SAAVEDRA y la empresa LABORATORIOS REMO SAS **2)** En caso afirmativo, si es procedente el pago las acreencias laborales solicitadas en la demanda.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así pues, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre el señor GERMAN CAICEDO SAAVEDRA y la sociedad LABORATORIOS REMO SAS existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones de la demanda.

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

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

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

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente

es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

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

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

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

Descendiendo al *sublite*, el señor GERMAN CAICEDO SAAVEDRA, como sustento de su pretensión, allegó sendas cuentas de cobro obrantes a folios 344 al 368, las cuales dan fe de la contraprestación recibida por el demandante en virtud de los servicios prestados como capacitador, además los cronogramas de capacitaciones, correos emitidos para el señor Guido Mercado y las solicitudes de anticipo y legalización de cuentas de gastos que reflejan diáfananamente que el señor German Caicedo Saavedra, presto sus servicios para el LABORATORIOS REMO S.A.S, desempeñando funciones relacionadas con la capacitación de visitables y conferencista.

Así pues, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar esta Sala que la parte demandante cumplió con la carga de la prueba de la prestación personal de servicio, cumpliendo con la presunción establecida en el artículo 24 del CST.

Se recibió el interrogatorio de parte del señor **GERMÁN CAICEDO SAAVEDRA**, quien indicó que nadie le decía la forma en que debía llevar a cabo las

capacitaciones, aduciendo que hizo varios documentos como una guía de 150 hojas y un documento pequeño para que las visitadoras y conferencistas estuvieran repasando. Así mismo, que la empresa le había suministrado para la ejecución de sus funciones inicialmente un portátil, el cual sustituyó en poco tiempo por uno que compró para él y posteriormente expresó que no era sometido a evaluaciones en el desempeño del cargo.

Por su parte, **GUIDO MANUEL MERCADO**, en su testimonio expresó que el demandante podía determinar la forma en que llevaba a cabo su trabajo de campo según su criterio, que el demandante, en la ejecución de su plan de trabajo no estaba atado, podía programarse dependiente los horarios de cada visitador, que no tenía una “camisa de fuerza” en la temporalidad, en cuanto a la prestación de sus servicios, por lo que no requería solicitar permisos, que la empresa demandada no le efectuó un control en el desarrollo de las funciones que desempeñaba, que por el contrario, era el demandante quien definía el grado de capacitación y entretenimiento que necesitaba la fuerza de ventas.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **OLGA LUCIA GARZON**, quien indicó que la parte actora iba enmarcando cual era la mejor forma de prestar sus servicios teniendo en cuenta que no existía anteriormente el cargo para el que fue contratado. Que el demandante no tenía un horario definido, ya que él determinaba con quién salía dependiendo de su criterio, que en relación al control al direccionamiento de sus servicios, debía hacerlo en coordinación con el señor GUIDO MERCADO, pero que el demandante no requería de permisos ni de presentación de incapacidades para ausentarse.

Del mismo modo, coincidió el testimonio del señor **ERIC MAURICIO PÉREZ**, con lo manifestado anteriormente por los señores Guido Manuel Mercado, y Olga lucia Garzón; en lo atinente a que el señor MERCADO era el jefe directo de los conferencistas, por lo que era el único encargado de dar órdenes, efectuar llamados de atención y conceder permisos. Que el trabajo del demandante se limitaba a capacitar la fuerza de venta y que no tenía facultades subordinantes.

A su vez, se recibió el testimonio de la señora **DIANA CAROLINA RAMÍREZ**, quien indicó que el demandante era su jefe directo en LABORATORIO REMO y que les hacía una retroalimentación al finalizar la jornada, las cosas buenas y no tan buenas que había visto, que el demandante laboraba en un horario de lunes a viernes de 8:00 a 5:00 para la empresa demandada. Sin embargo, también adujo que no le constaba que el actor prestara sus servicios de lunes a viernes en función a la empresa demandada.

Ahora bien, se observan sendos correos electrónicos, en donde se le indica al demandante los cronogramas para las capacitaciones que tenía que desarrollar los días 14 de noviembre de 2017, 17 de mayo de 2017, 18 de octubre de 2016 y 19 de mayo de 2016, sin que el señor GUIDO MANUEL MERCADO, quien suscribe los correos electrónicos le impartiera órdenes subordinadas al demandante, sino que por el contrario, le asigna un número de capacitaciones y momentos para que se llevaran a cabo por parte del actor, en desarrollo del contrato de prestación de servicio suscrito entre las partes, teniendo en cuenta que al revisar el mismo tenía por objeto el suministro de capacitaciones.

Lo anterior se colige con los mensajes de WhatsApp, en donde se observa la coordinación y organización de actividades cotidianas en la empresa, reportando por parte del actor la actividad que estaba adelantando, pues obsérvese que le informa al señor GUIDO MERCADO la ubicación y actividad a realizar, incluso si se encontraba acompañado o no, sin que de esa mensajería se pueda extraer la subordinación por parte de la empresa demandada para con el actor, máxime si se tiene en cuenta que no se le hacía un seguimiento constante de las labores desarrolladas, o que le exigiera incapacidad el día que decía que no podía acompañarlo, y por la cual informaba su ausencia.

Lo anterior supone que no existía supervisión al contratante, así como tampoco disponibilidad del mismo, así como tampoco medió poder disciplinario para exigir el cumplimiento de horarios, incluso el demandante disponía de su tiempo para decidir en los lugares en que quería prestar sus servicios.

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL328 de 2023, nuestro máximo órgano de cierre adocrinó, entre otras cosas que, incluso la generación de instrucciones para el desarrollo de actividades, coordinación de horarios, solicitud de informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia, **no implican necesariamente la subordinación propia del contrato de trabajo, siempre y cuando no desborden la independencia o autonomía del contratista en el contrato de prestación de servicios.**

Ahora, si bien el apelante afirma que el actor desempeñaba sus funciones, de acuerdo a la misión y visión de la empresa demandada, lo cierto es que la naturaleza de LABORATORIOS REMO SAS se limita a la fabricación de productos farmacéuticos sustancias químicas medicinales y productos botánicos de uso farmacéutico, sin que pueda entenderse que la función desarrollada por el actor se limitaba a la “visión y misión” de la empresa demandada, pues no se encargaba de producir productos farmacéuticos, sino de capacitar a las personas que trabajaban en dicho laboratorio.

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

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el día 04 de marzo 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

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310500920200023901](https://expediente.digita.gov.br/expediente.xhtml?codigo=11001310500920200023901)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 15-2019-00852-01

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

DEMANDANTE: **JAZMIN LINARES LOPEZ**
DEMANDADO: **FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA**
MULTYBERRY SAS
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 15º Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Ninguna de las partes presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 19 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora JAZMIN LINARES LOPEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra MULTYBERRY SAS y la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

A. PRETENSIONES PRINCIPALES:

DECLARACIONES:

1. Que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre la señora JAZMIN LINARES LOPEZ y FLOR ALICIA HERNANDEZ; entre el 20 de agosto de 2015 hasta el 11 de noviembre de 2017, en virtud a que la trabajadora nunca suscribió contrato de forma escrita con la empleadora, sino que se pactó de forma verbal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 43 del CST.
2. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ dio por terminado el contrato de trabajo aludido con la actora, de manera unilateral y sin justa causa.
3. Que se declare que durante toda la relación laboral, la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ canceló como salario a la demandante la suma del SMLMV.
4. Que se declare que el ingreso base de cotización de la demandante, en virtud del contrato de trabajo a término fijo con la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ durante toda la relación laboral correspondió a la suma del SMLMV, siendo el último IBC la suma de \$737.171.
5. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, debe pagar a la demandante la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.
6. Que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ adeuda a la demandante la suma correspondiente a la fracción de la prima de servicios causada entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015, ya que al momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
7. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ adeuda a la demandante, la suma correspondiente a la prima de servicios causada entre el 1 de enero al 30 de junio de 2016, ya que el momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
8. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las primas de servicios causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
9. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 20 de agosto de 2016.
10. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2016 al 20 de agosto de 2017.

11. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2017 al 11 de noviembre de 2017.
12. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses a las cesantías causados entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015.
13. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016.
14. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
15. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización de que trata el numeral 3 del artículo primero de la Ley 52 de 1975, en cuanto a los intereses a las cesantías que actualmente se adeudan.
16. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015.
17. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías al fondo elegido por la demandante.
18. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016.
19. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías en el fondo elegido por la demandante, causadas entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016
20. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017, acreencia que debió cancelar el empleador al trabajador al momento de la “finalización² del contrato de trabajo.
21. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, no realizó aportes respectivos al fondo de pensiones de la demandante, entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.
22. Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, debe realizar los aportes respectivos al fondo de pensiones de la demandante entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.

- 23.** Que se declare que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización por falta de pago o los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST, respecto de las prestaciones sociales, que debió cancelar en la liquidación al momento de la terminación del contrato de trabajo.

CONDENAS:

- 1.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.
- 2.** Que se condene a la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ adeuda a la demandada la suma correspondiente a la fracción de la prima de servicios causada entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015, ya que al momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
- 3.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ adeuda a la demandante, la suma correspondiente a la prima de servicios causada entre el 1 de enero al 30 de junio de 2016, ya que el momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
- 4.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las primas de servicios causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
- 5.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 20 de agosto de 2016.
- 6.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2016 al 20 de agosto de 2017.
- 7.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2017 al 11 de noviembre de 2017.
- 8.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses a las cesantías causados entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015.
- 9.** Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016.

10. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
11. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización de que trata el numeral 3 del artículo primero de la Ley 52 de 1975, en cuanto a los intereses a las cesantías que actualmente se adeudan.
12. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015.
13. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías al fondo elegido por la demandante.
14. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016.
15. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías en el fondo elegido por la demandante, causadas entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016
16. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017, acreencia que debió cancelar el empleador al trabajador al momento de la “finalización” del contrato de trabajo.
17. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, no realizó aportes respectivos al fondo de pensiones de la demandante, entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.
18. Que se condene que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización por falta de pago o los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST, respecto de las prestaciones sociales, que debió cancelar en la liquidación al momento de la terminación del contrato de trabajo.
19. Que se condene a la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ a pagar a la demandante, todas las acreencias debidas de manera indexada.
20. Costas procesales.

B. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

DECLARACIONES:

1. Que se declare la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre la señora JAZMIN LINARES LOPEZ y MULBERRY SAS; entre el 20 de agosto de 2015 hasta el 11 de noviembre de 2017, en virtud a que la trabajadora nunca suscribió contrato de forma escrita con la empleadora, sino que se pactó de forma verbal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 43 del CST.
2. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS dio por terminado el contrato de trabajo aludido con la actora, de manera unilateral y sin justa causa.
3. Que se declare que durante toda la relación laboral, la demandada MULBERRY SAS canceló como salario a la demandante la suma del SMLMV.
4. Que se declare que el ingreso base de cotización de la demandante, en virtud del contrato de trabajo a término fijo con la demandada MULBERRY SAS durante toda la relación laboral correspondió a la suma del SMLMV, siendo el último IBC la suma de \$737.171.
5. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, debe pagar a la demandante la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.
6. Que la demandada MULBERRY SAS adeuda a la demandada la suma correspondiente a la fracción de la prima de servicios causada entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015, ya que al momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
7. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS adeuda a la demandante, la suma correspondiente a la prima de servicios causada entre el 1 de enero al 30 de junio de 2016, ya que el momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
8. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las primas de servicios causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
9. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 20 de agosto de 2016.
10. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2016 al 20 de agosto de 2017.
11. Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2017 al 11 de noviembre de 2017.

- 12.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses a las cesantías causados entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015.
- 13.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016.
- 14.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
- 15.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización de que trata el numeral 3 del artículo primero de la Ley 52 de 1975, en cuanto a los intereses a las cesantías que actualmente se adeudan.
- 16.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015.
- 17.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías al fondo elegido por la demandante.
- 18.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016.
- 19.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías en el fondo elegido por la demandante, causadas entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016
- 20.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017, acreencia que debió cancelar el empleador al trabajador al momento de la “finalización² del contrato de trabajo.
- 21.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, no realizó aportes respectivos al fondo de pensiones de la demandante, entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.
- 22.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, debe realizar los aportes respectivos al fondo de pensiones de la demandante entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.
- 23.**Que se declare que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización por falta de pago o los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST, respecto de

las prestaciones sociales, que debió cancelar en la liquidación al momento de la terminación del contrato de trabajo.

CONDENAS:

1. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.
2. Que se condene a la demandada MULBERRY SAS adeuda a la demandada la suma correspondiente a la fracción de la prima de servicios causada entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015, ya que al momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
3. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS adeuda a la demandante, la suma correspondiente a la prima de servicios causada entre el 1 de enero al 30 de junio de 2016, ya que el momento de la terminación del contrato de trabajo no canceló la liquidación a la demandante.
4. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las primas de servicios causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
5. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 20 de agosto de 2016.
6. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la compensación de 7 días de las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2016 al 20 de agosto de 2017.
7. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante las vacaciones causadas entre el 20 de agosto de 2017 al 11 de noviembre de 2017.
8. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses a las cesantías causados entre el 20 de agosto al 31 de diciembre de 2015.
9. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016.
10. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a los intereses de las cesantías causados entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017.
11. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización de que trata el

numeral 3 del artículo primero de la Ley 52 de 1975, en cuanto a los intereses a las cesantías que actualmente se adeudan.

12. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 20 de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015.
13. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías al fondo elegido por la demandante.
14. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2016.
15. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la sanción establecida en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en razón a que no consignó las cesantías en el fondo elegido por la demandante, causadas entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016
16. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a las cesantías causadas entre el 1 de enero al 11 de noviembre de 2017, acreencia que debió cancelar el empleador al trabajador al momento de la “finalización” del contrato de trabajo.
17. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, no realizó aportes respectivos al fondo de pensiones de la demandante, entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.
18. Que se condene que la demandada MULBERRY SAS, adeuda a la demandante la suma correspondiente a la indemnización por falta de pago o los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST, respecto de las prestaciones sociales, que debió cancelar en la liquidación al momento de la terminación del contrato de trabajo.
19. Que se condene a la demandada MULBERRY SAS a pagar a la demandante, todas las acreencias debidas de manera indexada.
20. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad MULTYBERRY SAS y la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, contestaron la demanda a través de Curador Ad Litem, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia mediante auto que data del 4 de febrero de 2022 (fl. 137).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 08 de marzo de 2022, DECLARÓ que entre la señora JAZMIN LINARES LOPEZ y la empresa MULBERRY SAS, se suscribió contrato de trabajo por el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017, teniendo como salario devengado la suma de SMLMV para cada año.

CONDENÓ a la demandada MULBERRY SAS, a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas y conceptos:

- a) Por concepto de cesantías: la suma de \$1.733.408.
- b) Por concepto de intereses a las cesantías: La suma de \$176.341.
- c) Por concepto de mora de los intereses a las cesantías: La suma de \$176.341.
- d) Por concepto de saldo pendiente de la prima de servicios: La suma de \$666.253.
- e) Por concepto de vacaciones: La suma de \$394.214.
- f) Por concepto de moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990: La suma de \$13.445.368.
- g) Por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST: Los intereses moratorios sobre las sumas que fueron objeto de condena, correspondientes a prestaciones sociales como son: cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, los cuales se liquidarán desde el 11 de noviembre de 2017 y hasta el momento de su pago.
- h) Condenar a que la suma reconocida por concepto de compensación de vacaciones, es decir, el valor de \$394.214, se paguen debidamente indexados desde la fecha de terminación del vínculo y hasta el momento efectivo de su pago.

CONDENÓ a la demandada MULBERRY SAS, a cancelar a favor de la demandante el cálculo actuarial correspondiente al tiempo que no estuvo afiliada al sistema general de pensiones, esto es, el periodo comprendido desde el 20 de agosto de 2015 hasta el 11 de noviembre de 2017, cálculo que deberá pagar ante la AFP PORVENIR SA, donde se encuentra afiliada, teniendo en cuenta para su liquidación el respectivo SMLMV para cada anualidad.

ABSOLVIÓ a MULBERRY SAS, de las demás pretensiones formuladas en su contra, específicamente lo relacionado con la indemnización por despido sin justa causa,.

ABSOLVIÓ a la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA de las pretensiones incoadas en su contra, conforme las consideraciones de la sentencia.

CONDENÓ en costas a la demandada MULBERRY SAS, para el efecto se fijaron como agencias en derecho a su cargo, la suma de 4 SMLMV para el año 2022, y condenó en COSTAS a la parte actora y a favor de la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, fijando como agencias en derecho a su cargo, lo correspondiente a un (1) SMLMV para el año 2022.

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. **PRETENSIONES PRINCIPALES:** Solicita se modifique la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar la existencia del contrato realidad con la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, y sea ésta la condenada, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, pues si bien obra certificado laboral, donde dice “Gerente General”, lo cierto es que la señora HERNANDEZ ROA no era la representante legal de la sociedad demandada, toda vez que el documento no hace referencia que empresa se refiere, en tanto que la certificación que aduce el Juzgado de instancia, no se refiere a ninguna empresa, sino que únicamente se establecen los datos de la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, razón por la cual, no es claro que dicho documento presuma que sea en representación de la sociedad MULBERRY SAS.
2. **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA:** Indica que si bien el documento aportado por parte del Ministerio del Trabajo, en donde se señala que en conciliación las personas no pueden confesar o declarar respecto de ciertos aspectos, lo cierto es que en afectación al derecho laboral de la demandante, es claro que la terminación del contrato de trabajo es una situación ajena a su responsabilidad, la cual no se le puede trasladar a ella, precisamente por cuanto las malas situaciones económicas de la empresa no puede dar por terminado el contrato de trabajo, sin reconocerle la respectiva indemnización.
3. **COSTAS:** Señala que si bien las pretensiones en contra de la señora FLORALICIA HERNANDEZ ROA no salieron **abantes**, si resultaron favorables para la demandante, respecto de las pretensiones subsidiarias, razón por la cual, al apelarse para que prosperen las pretensiones

principales, no habría lugar a ser condenada la demandante en costas, máxime si se tiene en cuenta que a través de la presente demanda se pretende el reconocimiento y pago de acreencias laborales.

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

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1)** Sí conforme el material probatorio obrante dentro del expediente, es procedente declarar la existencia de una relación laboral entre la señora JAMIN LINARES LOPEZ y FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA **2)** En caso afirmativo, si es procedente el pago las acreencias laborales solicitadas en la demanda. **3)** Si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, y **4)** Costas procesales en primera instancia.

DE LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre la señora JAZMIN LINATES LOPEZ y la señora FLOR ALICIA HERNÁNDEZ existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, acceder a la existencia del contrato de trabajo con la empresa MULBERRY SAS.

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

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

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

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

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

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

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

Descendiendo al *sublite*, la señora JAZMIN LINARES LOPEZ, si bien solicitó de manera subsidiaria la declaratoria de un contrato laboral con la sociedad MULYBERRY SAS, el cual accedió el Juez de instancia, en su recurso de apelación alega que se declare la existencia de la relación laboral con la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, tal y como fue pedido de manera principal en la demanda.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, la parte demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: certificado de existencia y representación legal de la persona jurídica MULBERRY SAS, de donde se evidencia que se trata de una

persona jurídica y figura como Gerente, la demandada FLOR ALICIA HERNÁNDEZ ROA, indicando además como domicilio de esta persona jurídica la calle 12b N°8 a 50, que es donde la parte actora afirma que prestó su servicio.

Allegó igualmente una certificación que data del 11 de noviembre de 2017, suscrita por la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ, en donde el encabezado señala GERENTE GENERAL, en el que indica:

“Que la señora JAZMIN LINARES LOPEZ, identificado con cedula de ciudadanía no 52462617 labora en la empresa desde Agosto 20 de 2015 hasta el día 11 de noviembre de 2017 desempeñando el cargo de Administradora – Vendedora con un contrato a término indefinido y devengando un salario mensual de \$737.717.”

Aportó Acta de No Acuerdo llevada ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el día 31 de enero del año 2018, en donde compareció tanto la demandante como la demandada Flor Alicia Hernández Roa, e indicó la parte demandada que inicialmente celebraron un contrato de prestación de servicios en mayo de 2016, la señora le manifestó que solicitaba un contrato laboral, y ella si inició el 20 de agosto de 2015, y después de la incapacidad le dije que no podía tenerla más y le ofreció que trabajara en la empresa de su hija.

Por otro lado, se recibió el **testimonio** del señor OSCAR ESPINOSA CAMARGO quien indicó que en el local ubicado en la dirección de la empresa demandada vio a la demandante prestar los servicios mas o menos desde el año 2015 hasta 2017, que iba mas o menos 1, 2 o 3 veces a la semana a un local vecino, en un horario aproximado de 9:00 AM hasta la tarde que cerraban el centro comercial, que la demandante era la que estaba todo el día en el local atendiendo, y que en alguna oportunidad vio que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ le daba órdenes a la demandante, y le indicaba como tenía que hacer el inventario.

Analizado lo expuesto, y conforme el material probatorio obrante dentro del plenario, ha de precisar esta Sala que la parte demandante cumplió con la carga de la prueba de la prestación personal de servicio, cumpliendo con la presunción establecida en el artículo 24 del CST.

En este punto de decisión, solicita la apelante que, se modifique la decisión de primera instancia, y en ese sentido se declare la existencia de una relación laboral con la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA.

No obstante lo anterior, de conformidad con las pruebas obrantes dentro del plenario, especialmente de la certificación allegada al plenario, se observa que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA la suscribe, no como persona

natural, sino en calidad de Gerente General de una persona jurídica, la cual se encuentra relacionada con la otra demandada MELBURRY SAS, al estar inscrita en el certificado de existencia y representación, precisamente como Gerente General, máxime si se tiene en cuenta que el testigo OSCAR ESPINOSA CAMARGO no fue claro en manifestar quien era el empleador de la demandante.

Así las cosas, la reseñada documental resulta un medio suficientemente eficaz para alcanzar la probanza dirigida a acreditar que la demandante laboró para la sociedad encartada durante el periodo comprendido entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017, como quiera que, desde el punto de vista probatorio, los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse ciertos, sin perjuicio de la carga probatoria que le asiste al empleador, si su propósito lo es desvirtuar el contenido. A ello pacíficamente ha venido haciendo alusión la H. Corte Suprema de Justicia, como en sentencia SL2032-2018, en la que se señaló:

“Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL 8360, 8 mar. 1996, reiterada en SL 36748, 23 sep. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010, SL38666, 30 abr, 2013 y SL17514-2017, señaló: “El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios u el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falas de tiempo de servicio y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.2

De allí que el certificado elaborado por el mismo extremo demandado, en calidad de Gerente General, esto es, en representación de la sociedad demandada, documental que fue precisamente aportada por la misma demandante, sea suficiente para formar el convencimiento en punto de la relación de trabajo surgida entre la demandante y la sociedad MULBERRY SAS durante los extremos temporales entre el 20 de agosto de 2015 al 11 de noviembre de 2017.

En este punto de decisión, vale la pena señalar que, si bien la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA le impartía órdenes a la actora, lo cierto es que no lo hacía en nombre propio, a efectos de declarar que ésta es su empleador como persona natural, sino que por el contrario, y como constata la certificación allegada al plenario, lo hacía en nombre y representación de la sociedad MULBERRY SAS, en su calidad de Gerente General de la sociedad accionada, despachando

desfavorablemente la súplica del apelante, no quedando otro camino que confirmar éste punto de decisión de primera instancia.

TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:

Por otro lado, solicita el apoderado de la parte demandante en su recurso de apelación que se reconozca y pague la indemnización por despido sin justa causa por cuanto de conformidad con el documento aportado por parte del Ministerio del Trabajo, en donde se señala que en conciliación las personas no pueden confesar o declarar respecto de ciertos aspectos, lo cierto es que en afectación al derecho laboral de la demandante, es claro que la terminación del contrato de trabajo es una situación ajena a su responsabilidad, la cual no se le puede trasladar a ella, precisamente por cuanto las malas situaciones económicas de la empresa no puede dar por terminado el contrato de trabajo, sin reconocerle la respectiva indemnización.

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Conforme las pruebas arrimadas al plenario, la Sala coincide en indicar que no existe prueba alguna que acredite el despido que sufrió la demandante JAZMIN LINARES LOPEZ, sino que por el contrario, la única prueba que reposa al respecto es la propia manifestación de la actora al respecto, máxime si se tiene en cuenta que el testigo tan solo manifestó que sabía del despido de la demandante porque ella misma se lo había contado, pero fue porque se lo manifestó la demandante, lo que conlleva a concluir que la única prueba que existe es la manifestación de la misma demandante, sin que sea viable preconstruir su propia prueba.

Ahora, si bien reposa un ACTA DE NO CONCILIACIÓN en la que la demandada FLOR ALICIA HERNANDEZ manifestó que no podía tener mas a la actora y le ofreció trabajo en la empresa de su hija, vale la pena recordar que las manifestaciones contenidas en las Actas de NO conciliación no son susceptibles de confesión, como lo pretende el apelante.

En ese orden de ideas, como quiera que no se acreditó el despido de la señora JAZMIN LINARES LOPEZ, se confirmará su absolución.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

Finalmente, el apoderado de la parte demandante interpone recurso de apelación en contra de la condena en costas impuesta en su contra por parte del Juzgado de instancia, teniendo en cuenta que parte de las pretensiones si salieron favorables para la demandante, aunado al hecho que se presentó recurso de apelación para que se resuelvan a su favor las pretensiones subsidiarias, que van dirigidas en contra de la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ ROA, en consecuencia, no habría lugar a condenarla en costas.

No obstante lo anterior, de conformidad con el artículo 365 del CGP, existen tres situaciones en las que hay lugar a condenar en costas, y una de ellas corresponde a la **parte vencida en un proceso**, siendo pertinente precisar, que si bien se condenó en el presente asunto, no todas las demandadas resultaron condenadas, pues tal es el caso de la señora FLOR ALICIA HERNANDEZ, a quien se le absolvió en su totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

Conforme lo expuesto, se despacha desfavorablemente la súplica del apelante.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de marzo 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

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501520190085201](https://expediente.gub.ve/11001310501520190085201)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 15-2020-00202-01

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

DEMANDANTE: **OMAR AUGUSTO HERNANDEZ PAEZ**
DEMANDADO: **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA – ARL SURA**
ASUNTO: **RECURSO APELACION (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 15º Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 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 30 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **OMAR AUGUSTO HERNANDEZ PAEZ**, instauró demanda ordinaria laboral contra **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA – ARL SURA**, debidamente sustentada, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARACIONES:

1. Declarar que, entre el demandante y la demandada, existió contrato de trabajo a término indefinido a partir del 16 de febrero de 2004 hasta el 15 de septiembre de 2017.
2. Declarar que, durante los 14 años y 7 meses de servicios del demandante a la demandada, nunca tuvo ningún tipo de llamado de atención, ni memorando alguno, por faltar a sus obligaciones, distinto a los que produjeron su despido por presunta justa causa.
3. Declarar que, las razones esgrimidas por la demandada para el retiro del trabajador con justa causa, no solo no están probadas, sino, que además fueron desproporcionadas en atención a su trayectoria y a su labor ejemplar.
4. Declarar que el demandante OMAR AUGUSTO HERNANDEZ PAERZ, fue despedido por la demandada, de manera unilateral e injusta.

CONDENAS:

1. Pagar al demandante, salarios dejados de percibir, desde el 15 de septiembre de 2017 y hasta que se efectúe el pago total de la obligación.
2. Pagar al demandante, primas dejadas de percibir, desde el 15 de septiembre de 2017, hasta que se efectúe el pago total de la obligación.
3. Pagar al demandante, vacaciones dejadas de percibir, desde el 15 de septiembre de 2017, hasta que se efectúe el pago total de la obligación.
4. Pagar al demandante, cesantías dejadas de percibir, desde el 15 de septiembre de 2017, hasta que se efectúe el pago total de la obligación.
5. Pagar al demandante, intereses a las cesantías dejadas de percibir, desde el 15 de septiembre de 2017, hasta que se efectúe el pago total de la obligación.
6. Pagar al demandante, Seguridad Social en Pensiones dejadas de cotizadas, desde el 15 de septiembre de 2017, hasta que se efectúe el pago total de la obligación.
7. Pagar al demandante, indemnización moratoria en el pago de los derechos laborales dejados de percibir.
8. Pagar al demandante, indexación de acuerdo al IPC decretado por el DANE, sobre todas las sumas de dinero ocasionadas por derechos laborales dejados de percibir oportunamente.
9. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA – ARL SURA**, 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 17 de septiembre de 2021.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 15° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de noviembre de 2021, **DECLARÓ** que entre el señor OMAR AUGUSTO HERNANDEZ PAEZ, y la sociedad demandada SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA, existió un contrato de trabajo bajo la modalidad de término indefinido, por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2004 al 15 de septiembre de 2017.

ABSOLVIÓ a la parte demandada, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor demandante, en estos términos **DECLARÓ** demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, propuestas por la parte demandada.

CONDENÓ en COSTAS a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en los siguientes términos:

1. CONDICIÓN MAS FAVORABLE DEL TRABAJADOR - INMEDIATEZ:

Solicita sea revocada la decisión de primera instancia, para que en su lugar, se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, toda vez que, si bien esta probado que entre los hechos y los descargos transcurrieron 4 meses, no puede darse por cierto que estos 4 meses fueron para tener pruebas adicionales, pues no se ha demostrado dentro del expediente, nada adicional o diferente a los descargos, y en ese sentido, debe el demandado demostrar que pruebas se consiguieron en ese lapso, lo que vulnera y viola el principio de inmediatez.

Ahora, si la falta fue tan grave, de tal magnitud que ponga en riesgo los intereses de la empresa, lo mínimo era que hubieran separado al demandante del cargo o provisionalmente lo hubieran sancionado por el tiempo que transcurrió, mientras se tomaba la decisión definitiva, pero no dejar transcurrir el tiempo, como si nada hubiera ocurrido, por lo que el demandante asumió que se había dado por superado el evento, pues no se volvió a hablar del asunto, sino hasta 4 meses pasados que lo llaman a

descargos, en donde no son directos ni precisos, así como tampoco se tiene certeza de las personas que participaron en los descargos, y a pesar de la contradicción que existió entre el representante legal y el señor Jimmy, quien manifestó que no intervino, y luego dice que sí intervino,

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 la terminación del contrato de trabajo el día 10 de mayo de 2020 se realizó de manera unilateral y sin justa causa, y **2)** En caso afirmativo de manera principal, si es procedente el reintegro, así como el pago de las prestaciones sociales solicitadas en la demanda o en caso subsidiario, el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Sea lo primero precisar, que no existe controversia, la existencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad de término indefinido, entre el señor OMAR AUGUSTO HERNANDEZ PAEZ, y la sociedad demandada SEGUROS DE VIDA SURAMERICANA SA, por el periodo comprendido entre el 16 de febrero de 2004 al 15 de septiembre de 2017, desempeñando el cargo de ANALISTA DE PROCESOS ADMINISTRATIVOS, conforme copia del contrato de trabajo, otro sí del 1 de mayo de 2005, comunicación de terminación del contrato de trabajo, certificación laboral.

TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL:

Así las cosas, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Conforme la documental visible en el expediente, se logra determinar que mediante misiva del 15 de septiembre de 2017, la sociedad demandada le informó al señor OMAR AUGUSTO HERNANDEZ PAEZ la decisión de terminar el contrato de trabajo con justa causa bajo los siguientes términos:

“SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA SA, ha decidido dar por terminado unilateralmente por justa causa el Contrato de Trabajo que tuviera suscrito con usted y que empezó a ejecutarse el día 16 de febrero de 2004.

La terminación unilateral invocada por la Empresa se soporta en el incumplimiento contractual en el que usted ha incurrido por irregularidades en el proceso de vinculación de la empresa Seguridad y salud en el trabajo – SESATA SAS NIT 901.072.119, desconociendo las políticas de afiliación de la ARL SURA, además de violar los principios corporativos, tal como lo establecen los numerales 5 y 6, del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; y el artículo 75, numerales 50 y 56 del Reglamento Interno de trabajo de la Compañía y la cláusula sexta, literal c) del contrato de trabajo.

(...)

Lo anterior decisión surtirá efectos el día 15 de septiembre de 2017, contando este día como último día laborado, por lo cual las Prestaciones Sociales correspondientes le serán canceladas en breve por la Empresa.”

Frente al tema, los fundamentos jurídicos invocados por la demandada para dar por terminada la relación laboral se circunscriben en primera medida en el artículo 64 del CST que dispone:

“ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> *En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.*

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización (...)”

Así mismo, los numerales 5 y 6 del literal a) del artículo 62 del CST:

“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). <Ver Notas del Editor> Por parte del {empleador}:

(...)

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.

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

Igualmente, los numerales 50 y 56 del artículo 75 del Reglamento Interno de trabajo establece:

***“ARTÍCULO 75o.** Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

(...)

50. Utilizar la información de la compañía a la que tenga acceso en beneficio propio o de terceros.

(...)

56. Participar, decidir o sugerir la decisión, en operaciones o servicios a favor de clientes con los cuales sostengan negocios particulares”

Finalmente, el literal c) de la cláusula sexta, del contrato de trabajo dispone:

***“SEXTA.-** Las obligaciones principales de EL EMPELADO SON:*

(...)

***C)** Ejecutar por sí mismo las funciones asignadas y seguir cuidadosamente las instrucciones que le sean dadas por SURATEP SA respecto del desarrollo de su labor.”*

Ahora bien, reposa citación a diligencia de descargos, del 11 septiembre de 2017 en la que se le informa al demandante: “La presente tiene por fin notificarle que deberá presentarse en la oficina de suramericana ubicada en la avenida el dorado No. 68 B - 85. Piso 10 a las 2 pm, del día 12 de septiembre del presente año, para efectos de atender la diligencia de descargos, cumpliendo con el reglamento interno de trabajo, con ocasión de los cargos que se le imputan a continuación: por irregularidades en el proceso de vinculación de la empresa seguridad y salud en el trabajo **SESATRA S.A.S**, desconociendo las políticas de afiliación de la **ARL SURA.**”

Por otro lado, obra acta de descargos del señor OMAR AUGUSRO HERNANDEZ PAEZ del 12 de septiembre de 2017, quien fue citado a rendir descargos en calidad de analista de procesos administrativos, donde indicó en síntesis que tramitó la vinculación de la empresa SESATRA SAS a la ARL SURA, y para dicho momento si bien se le envió el certificado de existencia y representación no los leyó con detenimiento. Que esos documentos los tenía el demandante, pese a tener ese procedimiento en cabeza del área comercial porque algunas empresas le remiten directamente la documentación y el actor se la remite al área comercial.

Indicó además que si bien no tiene ningún tipo de vinculación con esa empresa, aparece registrado como representante legal suplente, por cuanto en algún momento firmó unos documentos para esa empresa, de asesorías, de formación en personas para el tema de liderazgo, de coaching, luego, debido a que ellos iban a iniciar un tema de batería de riesgo psicosocial, decidió retirarse.

Que si bien aceptó inicialmente el nombramiento de representante legal suplente databa de abril de 2017, lo cierto es que con posterioridad dijo que no podía asumir ese cargo debido al tema de batería de riesgo psicosocial era incompatible con las funciones desarrolladas al interior de la ARL demandada, sin embargo afirmó que no se había podido desvincular debido a que la representante legal principal estaba en licencia de maternidad, y se estaba revisando con otro socio la posibilidad de realizar otro tipo de actividades.

Afirmó que no le indicó de manera textual a su compañera Wendy que cambiara la actividad económico de la empresa SESATRA SAS, pues conoce las normas y su intención era verificar si la representante legal podría utilizar una sola de las actividades que aparecen en cámara de comercio, para no incurrir en el incumplimiento por afiliación de agrupadoras, aclarando que la empresa era solamente de gestión de coaching, por eso solo estaba viendo la forma de cambiar la actividad económica en el sistema de ARL SURA para que pudieran seguir aplicando con su actividad de coaching, debido a que al final no iba a desempeñar ningún tipo de actividad ajena a la Ley. Finalmente señala que si bien conoce los valores corporativos, y faltó a los mismos, no lo hizo con dolo faltando a la compañía, sabe que no debió enviar esos correos, pero señala que no lo hizo con el fin de agredir a la compañía.

Ahora bien, se recibió el **interrogatorio de parte** del demandante, quien indicó que efectivamente surtió el proceso para intentar afiliar a la empresa seguridad y salud en el trabajo SESATRA SAS, para el efecto indicó que precisamente siguió dichos tramites de intento de afiliación, sin embargo se presentó unas circunstancias que impidieron la misma. Ahora, si bien aceptó haber sido registrado como representante legal suplente de dicha empresa, afirmó que en la actualidad se dedica a gerencia dicha compañía.

Se recibió el testimonio del señor **JIMMY FRANCISCO GARZÓN**, quien indicó que, el demandante incurrió en un desconocimiento en lo que tiene que ver con las incompatibilidades e inhabilidades, esto es, conflicto de intereses que dispone el reglamento interno de trabajo, relacionada a que no debe utilizar la información privilegiada a la cual tiene acceso.

Conforme lo anteriormente enunciado, se tiene por acreditado que efectivamente el demandante incumplió con sus deberes y obligaciones para con la compañía demandada, en tanto que intentó intervenir para poder afiliar la empresa SESATRA SAS, pese a estar registrado como representante legal suplente de la misma, conforme consta de los certificados de existencia y representación legal de la misma, máxime si se tiene en cuenta que intentó intervenir en el área comercial al intentar modificar la actividad económico de la sociedad SESATRA SAS, área donde el demandante no laboraba, pues no era de su competencia, recordando en todo caso que el demandante se desempeñaba en el área de operaciones, y las afiliaciones de las empresas se realiza a través del área comercial de afiliaciones, con lo que configura una incompatibilidad entre las funciones que desempeñaba el demandante y los intereses de la compañía SESATRA SAS que intentó vincular a la ARL SURA.

Ahora, señala el apelante que el demandante nunca fue sujeto de memorandos ni llamados de atención, y si bien en el caso bajo estudio no se observa antecedente alguno, lo cierto es que, para configurar una justa causa no se requiere de la configuración de varias faltas, sino que por el contrario, se concluye que su actuar constituyó un procedimiento anti ético, faltando al cumplimiento de sus deberes, al intentar involucrarse y afiliar una empresa de la cual tiene un intereses como persona natural, como representante legal suplente.

Por otro lado, respecto de la violación al principio de inmediatez, por cuanto la compañía demandada se demoró mas de 4 meses en iniciarle descargos por el hecho ocurrido, ha de traer a colación la sentencia proferida por nuestro máximo Tribunal SL2342 radicación 62078 del 27 de junio de 2019 que adoctrinó:

*“Tiene dicho la Corte, que la terminación del contrato de trabajo por justa causa por parte del empleador, además de explícita y concreta, debe ser tempestiva, toda vez que si bien el legislador no ha establecido límites temporales máximos para invocar tal determinación, después de cometida una falta que dé lugar a su adopción, ello no significa que no deba mediar un término razonable entre lo uno y lo otro; pues de lo contrario, se impone entender que condonó o dispensó la presunta falta. **También ha precisado la Sala que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos ocurridos** (Sentencias de la CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 36014 y SL, 28 ag. 2012, rad. 38855).*

Y es que la razón por la cual se ha exigido el cumplimiento de la inmediatez está originada en que el tiempo transcurrido en demasía entre la ocurrencia de los hechos y la decisión de finiquitar el vínculo laboral, rompe el nexo causal que debe existir entre el motivo alegado por el empleador y la terminación unilateral del nexo, de allí que entre el momento de la falta y el de la decisión de finiquitar el vínculo laboral, debe transcurrir un tiempo razonable, que principia desde el instante en que el empleador conoce los hechos que determinan esa drástica medida, pues de no ser así muy a pesar de la gravedad de la falta imputada al

trabajador, el despido deviene en ilegal. Al respecto, en sentencia CSJ SL3239-2015.”

En el caso bajo examen, de los hechos y de las pruebas allegadas al plenario, dan cuenta que el 10 de mayo de 2017 el demandante intentó afiliar a la empresa SESATRA SAS a la ARL SURA, y fue citado a descargos mediante misiva que data del 11 de septiembre de 2017, para llevar a cabo diligencia de descargos el 12 de septiembre de 2017, tras adelantar los trámites administrativo internos y la investigación del caso, conforme lo indicó el representante legal de la demandada, lo cual constituye un plazo razonable para finalizar el vínculo contractual, dadas las actuaciones adelantadas por la demandada, pues si bien transcurrieron 4 meses, como lo indica el apelante, lo cierto es que tal situación obedece de manera razonable a surtir un procedimiento interno para la consecución de pruebas para sustentar la indagación al demandante, y si efectivamente incurrió o no en una falta disciplinaria, donde efectivamente en la diligencia de descargos se le pusieron de presente las pruebas recolectadas, y en donde se evidenció que el demandante era el representante legal suplente de la empresa SESATRA SAS.

Finalmente, no había lugar a separar al demandante del cargo o provisionalmente sancionar al actor por lo ocurrido, mientras se tomaba la decisión definitiva, pues nótese que en este periodo precisamente se estaba estudiando la situación ocurrida con el actor, y estaban recolectando pruebas con el fin de adelantar la diligencia de descargos, y con ello, decidir de manera definitiva la situación del actor, precisando en todo caso que las personas que allí intervienen se identifican, como representantes de la empresa demandada, sin que sea admisible el argumento por el apelante, relacionado a que no tiene certeza quienes participaron en los descargos.

Bastan las anteriores consideraciones para concluir que, no le asiste derecho a la parte demandante a que sea reintegrado o le sea reconocida la indemnización por despido sin justa causa en los términos del art. 64 del CST, por lo que se **CONFIRMARÁ** 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 Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de noviembre de 2021, 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

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501520200020201](https://expediente.digita.gov.co/11001310501520200020201)



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 24-2015-00741-01

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

DEMANDANTE: **JORGE EMPIDIO GONZALEZ CASAS**
DEMANDADO: **LA PH EDIFICIO BANCO DE COLOMBIA CALLE 14**
ASUNTO: **APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por las partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de septiembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

El apoderado de la parte demandada presentó alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 18 de noviembre de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JORGE EMPIDIO GONZALEZ CASAS**, instauró demanda ordinaria laboral contra EDIFICIO BANCO DE COLOMBIA CALLE 14 PH, debidamente sustentada como aparece de folio 6 a 9 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Se declare que entre el demandante y la demanda existió un contrato de trabajo a término fijo. Se declare que la demandada debió pagar como remuneración por

concepto de contrato de trabajo a favor del demandante el salario mínimo legal mensual vigente desde el 1 de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2013. Declarar que la demandada debe pagar al demandante la diferencia entre lo devengado y el salario mínimo legal mensual vigente desde 1 de enero de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2013. Condenar a la demandada a que debe pagar al demandante por labores de oficios de vigilancia, conserjería y ascensorista la indemnización por vacaciones dejadas de disfrutar de diciembre 31 de 1990 a diciembre 31 de 2013. Condenar a la demandada a que debe pagar por oficios propios de vigilancia y conserjería las cesantías de enero 1 de 1990 a diciembre 31 de 2013. Igualmente, los intereses sobre las cesantías; las dotaciones, prima de servicios; la indemnización moratoria por no pago oportuno de salarios; los aportes a pensiones; los dominicales y festivos; el trabajo suplementario; las costas procesales y ultra y extrapetita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demanda fue admitida mediante auto de septiembre 21 de 2015 (f.29), y una vez notificada a la demandada fue contestada en tiempo (f-837 a 871) oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo excepciones de mérito, y llamando en garantía a la empresa AVE MART LTDA, y a JOSE ALADINO AVENDAÑO como consta en autos de septiembre 21 de 2016, y enero 27 de 2017.

Mediante auto del 21 de junio de 2017 se tuvo por no contestado en llamamiento en garantía.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de septiembre de 2021, **DECLARÓ** que entre el señor JORGE EMPIDIO GONZALEZ CASAS y el EDIFICIO BANCO DE COLOMBIA CALLE 14 PROPIEDAD HORIZONTAL existió un único contrato de trabajo vigente entre el 11 de abril de 1994 al 31 de diciembre de 2013, devengando como último salario la suma de \$2.500. 000.00. Condeno a la demanda a reconocer y pagar al demandante debidamente indexadas las sumas de \$12,686.059.17 por cesantías; \$416.666.67 por intereses de cesantías; \$3.472,222,22 por primas de servicio; \$1.736.111.11 por vacaciones. Condeno a la demandada a pagar en favor del actor, los aportes a través de calculo actuarial y las diferencias para pensión que deberán ser consignadas al fondo de pensiones que informe el demandante, o en

su defecto a Colpensiones, así como los intereses moratorios de que trata el artículo 23 de la ley 100/93 tomando como IBC los salarios determinados en cada periodo relacionado en la parte motiva del proveído para cada anualidad. Absolvió a la demanda EDIFICIO BANCO DE COLOMBIA CALLE 14 PROPIEDAD HORIZONTAL de las demás pretensiones. Absolvió al señor JOSE ALADINO AVENDAÑO GOMEZ de las pretensiones incoadas en su contra. Declaro probados parcialmente los hechos sustento de la excepción de prescripción, y no probados los demás. Condeno en costas a la demandada a favor del demandante. Y concedió recurso de apelación a las partes.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, en los siguientes términos: “Gracias señora juez, con el respeto que le profiera a su señoría en cada una de las actuaciones me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal únicamente en los numerales 4 y 5, primero que si bien es cierto ha hecho un análisis exhaustivo y profundo, con el debido respeto se le olvido una cosa, no olvidemos que para este proceso se debió haber otorgado una confesión ficta o presunta, como quiera que para la audiencia de conciliación no asistió la parte convocada razón por la cual, se debió también dado cómo base o ser fundamentado la mala fe, por tal razón le ruego al honorable tribunal que si bien es cierto la juez de instancia ha hecho un análisis con relación a no reconocer la moratoria porque no encontró la mala fe probada de la parte convocada o demandada edificio Banco de Colombia es más cierto aún que si sería contradictorio, que si no hay una mala fe. no se debió haber condenado al edificio como quiera que se opuso en su derecho que está, claro está en cada una de las pretensiones de la demanda, contestó la demanda y reiteradamente le reiteró al tribunal que se debió haber dado por hecho toda la mayoría de hechos, como quiera que para la audiencia de conciliación el juez debió haber decretado la confesión ficta o presunta por la inasistencia de los demandados a tal audiencia, reiteradamente le suplicó al tribunal se revoque el numeral cuatro y se condene a la moratoria como quiera que se probó la mala fe del edificio por más de 17 años con la prestación del servicio de mi poderdante gracias.”

Por su parte el apoderado **parte demandada**, apela la decisión en los siguientes términos: “Me permitió interponer recurso de apelación contra su decisión por no encontrarla ajustada a derecho, por ser ambivalente como lo paso a fundamentar, en primera medida hace la señora juez un recuento muy específico y concreto de lo que fueron los testigos y el interrogatorio por el señor Jorge Empidio González

Casas, en ella subraya la señora juez que el mismo demandante admitió que su labor la ejecutaba y ponía a personas Luz Cecilia Contreras, y un señor vendedor de dulces para que le hiciera los remplazos, inclusive subraya la señora juez con su propio salario dice la señora juez; y es ambivalente entonces que teniendo esta confesión al igual que las declaraciones claras, precisas y específicas de la señora de la doctora Elsa Reyes, del señor Felipe León, quien en un inicio lo dice que él ponía esas personas a laborar al igual que el señor José Aladino Gómez, vengase ahora a concluir de que el servicio fue personal, no observa la señora juez o no da por probada la tacha de sospechosa de la declaración de Jorge Empidio González Casas, propietario o socio mayoritario de la sociedad Ademar cuando de una forma el confesó y manifestó al juzgado como así le conta a la ilustre contraparte que existió un proceso y que llevó un proceso en el juzgado 32 si no recuerdo mal, donde busca exactamente las mismas pretensiones que este. La señora juez para encontrar fundamento en las condenas entonces se va por el lado de una tercerización laboral la que de ninguna manera aparece aquí por no darse las circunstancias de la ley 50 de 1990 y en el supuesto de que existiera esa tercerización laboral, claramente el señor José Aladino Gómez el gerente de Ademar manifiesta que dicha sociedad, y así está probado en el documental que esa dicha sociedad se encuentra vigente, entonces en esas condiciones no fue como lo dice la señora juez de que esa sociedad fue para birlar algunos derechos del trabajador. En este caso olvida la señora juez pese al contenido del artículo 1740 del Código Civil que hay nulidad o rescisión de los contratos de fundación o creación de una sociedad comercial, es un contrato legal y tiene su fundamento en voluntad de la creación y en una inscripción que le da la legalidad de la Cámara de Comercio. Este artículo 1740 pregonas que es nulo todo contrato cuando existen algunos requisitos que no ha cumplido la ley qué requisitos o a dónde va la señora juez al transportarse más allá del artículo 50 del código procesal del trabajo a decretar la nulidad de un acto comercial donde en la actualidad está vigente ese contrato, luego ahí se dibuja desde ese punto de vista toda consideración que se viene la señora a concluir que es una tercerización laboral, concluye la señora juez los extremos de la relación laboral nos dan unos extremos laborales del año 94, pero sin embargo abarca su condena a insistir en que no sé contrato fue desde el 01 de enero de 1990 e impone las condenas que si no hubiera sido por la prescripción que afortunadamente la encontró, las condenas de otra época pero el extremo inicial en una parte nos dice que de abril de 1994 y en otro nos viene a decir que de 1990. Igual ocurre con la condena de los aportes cuando la condena de los aportes para un lado existan con mucha precisión y claridad que será aplicada para la tasación de las condenas el artículo 132 del código sustantivo del trabajo y de la Seguridad Social, sin embargo para los soportes dice que no que no es eso sino \$2.500.000 cómo puede echarse de menos cuando la realidad probatoria que se encuentra en el expediente especialmente en la documental, cuando la empresa AVEMART de la que fungió el demandante como trabajador

lo afiliaron a seguridad social, como puede el juzgado venir a absolver a AVEMART de estas condenas cuando está la prueba que se trata de la historia laboral que es un documento público, y por lo menos por lo tanto goza de su presunción de legalidad a decir que esa afiliación no tiene ninguna validez, cuando ninguna de las razones que da la señora juez cumple con las sentencias SL 46667 del 2019 y mucho menos con SL 4479 de 2020, entonces se toma este tema de la tercerización, y de la solidaridad del artículo 35 que en este caso no está demostrado en ningún supuesto de hecho, para considerar que se dan los presupuestos del artículo 35 de código sustantivo del trabajo y de la Seguridad Social. En síntesis todas las condenas impuestas las objeto, y aspiro que el honorable tribunal la revoque con fundamento en las pruebas legalmente recaudadas y en especial con la confesión, con las declaraciones de los testigos José Aladino Gómez Reyes, Felipe León que dan cuenta del modo tiempo y del lugar como el demandante no solamente, no ejecutó una labor personal sino que lo hacía a través de terceras personas incluyendo el señor José Aladino, con quien él confesó o manifestó en su declaración que repartían los dineros que recaudaba por la prestación del servicio de Avemart. Estas son a grandes rasgos que me coje por sorpresa obviamente, las consideraciones del despacho donde está demostrado que no hubo un servicio personal, pero sin embargo para acceder a las pretensiones, hilar tan delgado que llega a que había una tercerización laboral; ampliare estos fundamentos ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá muchas gracias.”

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia en esta instancia se centra en establecer como problema jurídico, en primer lugar si lo que existió en realidad fue un contrato de trabajo a término indefinido, entre el actor y la demandada, a través de un simple intermediario, como lo determino el fallo, o si como lo aduce la demandada apelante no existió ningún tipo de relación laboral, pues la relación con el demandante siempre fue a través de la sociedad comercial AVEMART LTDA sin ningún tipo de intermediación, y mediante contratos de estirpe civil; de otra parte si hay lugar a la indemnización moratoria por existir mala fe de la demandada, según lo aducido por el demandante en su alzada.

De entrada, se dirá que no le asiste razón a la parte demandada apelante, en sus argumentaciones respecto a la supuesta ambigüedad de la decisión de la a quo, por lo siguiente.

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

Así mismo, es ampliamente conocido que el Artículo 24 del C. S. del T. dispone que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*. No obstante, esta mera presunción, no tiene la virtualidad de dirimir por sí misma la contienda, sino que comporta una mera ventaja probatoria, resultando por demás desvirtuable a través de los medios de prueba que tenga a su alcance la pasiva, por lo tanto, si bien la parte accionante no tiene por obligación demostrar la subordinación y continuada dependencia, si le resulta exigible el deber de acreditar la prestación personal del servicio

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

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

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

Por lo anterior, resulta claro que lo pretendido por la parte demandante, es que declare que mantuvo una relación laboral subordinada con la demandada dentro de los extremos pretendidos, mediante la prestación personal del servicio, la cual

se mantuvo primero a través de una aparente vinculación comercial o civil con AVEMART LTDA, sociedad propiedad del señor JOSE AVENDAÑO GOMEZ que actuaba como Gerente, y finalmente con un contrato comercial o civil suscrito directamente entre la demandada y el actor, para ejercer las mismas actividades de ascensorista y conserje.(folios 39 a 41).

Luego entiende esta Sala de decisión, que la parte actora, está solicitando se declare la existencia de un único contrato durante los periodos señalados en la demanda, los cuales luego del debate probatorio se determinaron en la sentencia recurrida, no entre los extremos pedidos sino, desde el 11 de abril de 1994 hasta el 31 diciembre de 2013, lo cual tiene amplio sustento probatorio documental y testimonial.

Claramente como lo dedujo el a quo, la prestación personal del servicio, se dejo sentada por los testimonio rendidos por Felipe León, Elsa Inés Reyes, y el interrogatorio de parte rendido por Alan Guillermo Micolta, los cuales fueron contestes al afirmar que el actor presto sus servicios personales al edificio, primero a través del señor José Avendaño, quien tenia la empresa Avemart Ltda., la cual estaba compuesta por el y el demandante, los cuales empezaron a prestar sus servicios para el edificio desde el 11 de abril de 1994, y luego desde el 1 de enero de 2011, ya los contratos se celebraron directamente con el demandante como persona natural; situaciones que tienen plena comprobación con la documental adosada a folios 60 a 67, al igual que a folios 72 a 74, 76 a 79, 81246, 416 a 575, 604 a 674, 699 a 6956, 718 a 733 donde aparecen comprobantes de egreso, cuentas de cobro mediante las cuales se efectuaban los pagos a los trabajadores encargados del servicio de ascensoristas y conserjes.

Ahora, en cuanto al argumento del apelante que la tercerización del vinculo laboral encontrado por el juzgado de primer grado, no se puede establecer, al existir la persona jurídica Avemart Ltda., es fácil colegir que dicha persona jurídica conforme se puede observar a folios 882 y 883, solo esta compuesta por el señor José Aladino Avendaño Gómez, y Alba Patricia Martínez Alba, y la cual fue usada indistintamente por el señor José Aladino Avendaño, para presentar las propuestas del servicio de ascensorista y conserjería, pero la abundante prueba documental de recibos de pago por los servicios, dan cuenta que esas cuentas se pagaban al señor Avendaño como persona natural mediante recibos de caja por el servicio personal que prestaba este, junto con el señor Jorge Empidio Gonzales, determinando claramente la aparente legalidad de la persona jurídica, como lo ha determinado en casos similares la jurisprudencia de nuestro tribunal de cierre como una simple intermediación.

Al respecto la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL 4479 de 2000, determino:

“Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como "hombre de paja" o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.”

Así las cosas, con base a lo anterior no es posible desvirtuar como lo pretende el demandado apelante, la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la demandada dentro de los extremos establecidos por el a quo.

Ahora, en cuanto a la manifestación de no estar de acuerdo con la totalidad de las condenas, no se encuentran parámetros para establecer cual es la inconformidad, si por defecto o por exceso, y por tanto al no establecerse la debida sustentación sobre inconformidad por alguna condena en especial, se abstiene la sala de estudiar cada una de las condenas, eso si aclarando que las liquidaciones efectuadas por el a quo por las prestaciones condenadas no prescritas, se encuentran sustentadas en los recibos de pago efectuados al actor durante los años 2011 a 2013 en la cuantía mensual de su salario que lo era la suma de \$2.500.000.00; al igual que para el periodo comprendido entre el 11 de abril de 1994 al 31 de diciembre de 2010 el salario mínimo legal vigente, para los aportes pensionales conforme al calcula actuarial por la parte pertinente al empleador, conforme lo determinó el fallo de instancia.

Ahora, en cuanto a la inconformidad de la parte demandante, que refiere la mala fe en que pudo incurrir la demandada al no concurrió a la audiencia de conciliación, y que debió decretarse la confesión ficta, accediendo a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, se confirmara en este aspecto, por lo siguiente.

El juzgador de primera instancia absolvió a la demandada del pago de la indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CST, al encontrar que no se demostró la mala fe del empleador.

Así las cosas, el artículo 65 del CST dispone que *sí 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)»*.

Así las cosas, como quiera, que de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se tiene por cierto que durante toda la relación laboral la empleadora cancelo oportunamente las sumas correspondientes a la relación contractual que tenía con el demandante, bajo la apariencia de una relación civil con sociedad inscrita en la cámara de comercio, igualmente a la terminación del contrato se efectuó su liquidación final, argumentando falencias en los deberes contraídos en el vínculo suscrito entre las partes, no se nota un actuar de mala fe, puesto que la negativa a cancelar prestaciones sociales, obedeció al convencimiento que se tenía por la existencia de un contrato civil, que fue desvirtuado en este proceso, no se logra demostrar el actuar de mala fe por parte de la sociedad demandada.

Tampoco es de recibo el argumento del apelante en el sentido que debió declarar se la confesión ficta por no asistir la demanda a la audiencia de conciliación, pues esa situación se estableció en la etapa procesal pertinente, ante la cual no hubo ninguna manifestación de la demandada, y la alzada no es el momento procesal oportuno para ventilar etapas procesales ya superadas.

Razón por la cual se confirmará en este punto la absolución impuesta a la demandada por este concepto.

COSTAS.

Sin costas en esa 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de septiembre de 2021.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación No. 2023-00518-01

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

DEMANDANTE: CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO
DEMANDADO: MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN
ASUNTO : APELACIÓN (Demandada)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la providencia proferida por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD el 17 de noviembre de 2022.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado, se procede a decidir conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, presentó ante la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** en contra de FAMISANAR EPS, en desarrollo de su función jurisdiccional, el reconocimiento y pago de la suma de \$8.749.700 por gastos en que incurrió por concepto de consulta y control por medicina especializada, ecografía ocular, medicamentos y la realización del procedimiento de vitrectomía posterior con inserción de silicón o gases en ojo izquierdo, el cual fue realizado en la Clínica Ocular LTDA.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló:

PRIMERO: El lunes 11 de mayo del 2020 se me presentó una urgencia, en donde el ojo izquierdo lo tenía totalmente desprendido, me acerqué al centro médico de la

EPS MEDIMAS para que me atendieran de carácter urgente, con el motivo de manifestarle el malestar que presentaba, ante eso me remitieron al oftalmólogo de carácter urgente, me contestaron de que no se me podía agendar cita ese día con el especialista.

SEGUNDO: Al ver que me encontraba en urgencias y ni el médico internista ni el médico de urgencias, no me daban solución, no me atendían y tenía el dolor intensamente agudo me vi en la obligación de contratar a un médico especializado y pagar de mi bolsillo una cita con el especialista en la CLINICA DE CIRUGIA OCULAR LTDA en la ciudad de Villavicencio.

TERCERO: En esa consulta, el médico especialista me valoro y me dijo que tenía desprendimiento de retina y que era de carácter urgente que me tenía que pasar al quirófano a operarme o podía perder el ojo. Me mandó a realizarme unos exámenes de carácter urgente, me envió una ECOGRAFIA OCULAR donde fue realizada en la CLINICA SOMOS por el Dr. ALFONSO AMARIS DIAZ, un HEMOGRAMA III, GLUCOSA EN SUERO Y CREATININA EN SUERO realizado en la LABORATORIO CLINICO GAMMA.

CUARTO: El 14 mayo de 2020 por medio de correo electrónico informe a MEDIMAS que el especializaste que había contratado particularmente me había ordenado CIRUGIA DE OJO urgente por desprendimiento de retina, el procedimiento consistía en una Vitrectomía Posterior con Inserción de silicón o gases. Y les allegue todos los documentos y exámenes que me había realizado, al ver que medinas no me contesto la urgencia que tenía me vi obligado a realizarme la cirugía particularmente.

QUINTO: Al día siguiente de haberme operado y estando en convalecencia envié mediante correo electrónico incapacidad medica con todo el procedimiento para poder realizarme la cirugía, el valor de los exámenes y valor cirugía, anestesiólogo y demás.

SEXTO: por correo del día 15 de mayo del 2020 MEDIMAS me responde que la solicitud a sido registrada con numero de radico #AV_00025581, manifestando que “un asesor hará el seguimiento correspondiente lo antes posible”.

SEPTIMO: El 22 de mayo del 2020 la entidad promotora de salud me responde la solicitud con numero de radicado #AV_00025581 manifestado que se ha realizado el trámite y transcripción correspondiente.

OCTAVO: El día 01 de junio 2020 envió al correo electrónico solicitudesreembolsomedimaseps@medimas.com.co solicitud de reembolso de cirugía ocular, anexando todos los documentos, exámenes que tuve que hacer. Con numero de radicado #AV_00144722

NOVENO: el día 13 de junio 2020 mediante correo electrónico MEDIMAS me responde la solicitud con No radicado #AV_00144722 “expresando que los archivos que adjunto no los puede ver”

DECIMO: Nuevamente la EPS responde el radicado #AV_00144722 pero bajo otro numero #AV_00189830 informado que la solicitud ha sido solucionada, y que lo ha disecionado al área encargada.

ONCEAVO: Después de enviar varias veces los documentos de los exámenes, el día 13 de julio les envió a MEDIMAS EPS cuenta de cobro de la cirugía, formato que me dieron para solicitar el reembolso.

DUODECIMO: El día 27 de julio la EPS me responde la solicitud DE REEMBOLSO manifestando que mi solicitud HA SIDO NEGADA de acuerdo al decreto 5261 de 1994 ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS.

DECIMOTERCERO: Para el día 7 de septiembre recibo un correo electrónico por parte de MEDIMAS donde manifiestan que: tienen nuevamente 30 días para resolver, recitando el artículo 14 de la resolución N.º 5261 de agosto 5 de 1994, y a que si llego a tener inconsistencias/soportes faltantes se comunican conmigo o si no debo comunicarme a la línea gratuita 018000120777 o el resto del país 6510777. Por lo cual no cumplen con los requerimientos de ley.

DECIMO CUARTO: La SUPER INTENDENCIA DE SALUD se ha pronunciado respecto al decreto 5261 de 1994 en su artículo 14 RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSO manifestando que claro que las Entidades Promotoras de salud se encuentran obligadas por mandato legal a reconocer a sus afiliados los gastos que los mismos hubiesen tenido que asumir en los siguientes eventos:

I. Tratándose de atención inicial de urgencias cuando el afiliado sea atendido en una IPS que no tenga contrato con la EPS a la cual es inscrito.

II. Cuando haya sido autorizada en forma expresa por parte de la respetiva entidad promotora de salud, la prestación de atenciones específicas.

III. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la entidad promotora de salud en el cubrimiento de las obligaciones para con sus usuarios.

Por ende, la EPS MEDIMAS me está descociendo el derecho que tengo para que se me sea reconocido el reembolso ya que cumplo con el Numeral I y III. Porque cuando yo me presente en el centro medico de la EPS MEDIMAS no me dieron ninguna atención oportuna y eficaz lo que conllevo contratar a un medico particular especializado para cubrir mi urgencia de salud.

DECIMO QUINTO: Para el día 3 de noviembre recibo correo electrónico Con No. radicado 42272 informándome que mi solicitud fue devuelta y por ende no se realizara el pago, se basa en no tener autorización para dicho procedimiento y que no se realizó gestión, y no hay soporte para la realización del servicio por parte de la EPS y por último nuevamente, el recibo de caja no es legible y se debe presentar factura de venta para el trámite.

En reiteradas ocasiones envié no una, ni dos sino varias, los recibos de caja, las autorizaciones del medico en la parte privada a los correos electrónicos de MEDIMAS y lo que único que hacen es sacarme excusas como lo son de que no pueden ver los archivos, no se pueden descargar o no son legibles. Pruebas que voy a anexar a este escrito y se verificaran que si son legibles.

DECIMO SEXTO: Como quiera que a la fecha no he recibido ninguna respuesta favorable por parte de la entidad prestadora del servicio MEDIMAS EPS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, mediante providencia del 17 de noviembre de 2022, la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, decidió **ACCEDER PARCIALMENTE** a la pretensión formulada por el señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, en contra de MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN.

En consecuencia, **ORDENÓ** a MEDIMAS EPS EN LIQUIDACIÓN, el reconocimiento económico y pago a favor del señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, de la suma de \$8.748.200, teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, que consigna las reglas para el pago de obligaciones litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio.

Como sustento de su decisión indicó que no se demostró que MEDIMAS EPS hubiere garantizado la atención oftalmológica quirúrgica que requería el señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, ni que e hubiera hecho seguimiento a su caso, sin que se presentaran obstáculos administrativos que desconocieran la urgencia en la atención de la misma.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la determinación, la demandada interpuso recurso de apelación, en contra de la sentencia proferida por la SUPERINTENDENCIA DE SALUD del 17 de noviembre de 2022 a efectos de que sea revocada, en atención a que se evidenció que las solicitudes para la prestación de los servicios médicos que argumenta el demandante, fueron requeridos para la vigencia 2020, tal y como se registra a continuación:

Tipo de documento: *

Cédula Ciudadanía

Número de documento: *

86044922

VER AUTORIZACIÓN

Resultado búsqueda de autorizaciones

Ver Detalle	Ver	No Autorización	Nombre Usuario	Tip y Num Doc	IPS Que Solicita	Fecha y Hora Digitación	Estado	Procedimiento(s)
		222501444	CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO	Cedula Ciudadania 86044922	Atención Medica De Colombia SAS Planifamiliar	2021/12/10 10:20:02 a. m.	APROBADA	POSTERIOR... *86002 INTERFEROMETRIA... *860376 CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA...
		222501414	CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO	Cedula Ciudadania 86044922	Atención Medica De Colombia SAS Planifamiliar	2021/12/10 10:16:41 a. m.	APROBADA	*860376 CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA...
		222116444	CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO	Cedula Ciudadania 86044922	Corporacion Ips Llanos Orientales - El Parque	2021/11/09 12:37:55 p. m.	APROBADA	*86007 CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR OPTOMETRIA...
		221859607	CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO	Cedula Ciudadania 86044922	Corporacion Mi Ips Llanos Orientales - Corporacion IPS Llanos Los Pinos	2021/10/20 8:59:53 a. m.	APROBADA	*861302 ECOGRAFIA OCULAR MODO A Y B... *860276 CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA...
		191858717	CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO	Cedula Ciudadania 86044922	Corporacion Mi Ips Llanos Orientales - Barzal	2018/01/24 1:30:49 p. m.	APROBADA	*861510 ECOGRAFIA TESTICULAR CON TRANSDUCTOR DE 7 MHz O MAS... *860276 CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN OFTALMOLOGIA...

De la evidencia disponible en este caso, se destaca que por parte del afiliado fueron radicadas las solicitudes que registran en la relación anterior; sin que exista registro en el sistema de información de radicación de solicitud de prestación de servicio para la vigencia 2020, vigencia en que se resalta por parte del demandado un presunto incumplimiento de los deberes como asegurador de parte de la EPS MEDIMAS, hoy en Liquidación.

Aunado a lo expuesto, se precisa que el usuario decidió de forma voluntaria realizarse el procedimiento particular, siendo que, MEDIMAS EPS S.A.S, hoy en liquidación, no vulneró los derechos fundamentales del actor, pues la entidad debía dar cumplimiento a la función de organizar y garantizar la prestación del plan obligatorio de salud; no obstante, es importante resaltar que la EPS como asegurador no está en potestad de coaccionar a ningún afiliado a asistir, ni a realizar trámites con la misma.

Así mismo, que como resultado de la validación en el módulo de reembolsos del usuario Carlos Yovany Diaz Castillo identificado con CC 86044922, se tiene registro

de la siguiente información:

- *Reclamación 42272 del 17 de julio del 2020 presentada por el señor Carlos Yovany Diaz Castillo, por medio de la cual solicita reembolso médico por atención particular en la vigencia 2020, para los siguientes servicios:*

951302. ECOGRAFIA OCULAR MODO A Y B
OFTAMOX - MOXIFLOXACINO CLORHIDRATO X 5 mg solución oftálmica [FRASCO]
895100. ELECTROCARDIOGRAMA
903841.GLUCOSA EN SUERO U OTRO FLUIDO DIFERENTE A ORINA
1983977-2. Ciprofloxacino Clorhidrato 500mg Tableta Recubierta
20108768-1. Bromfenaco Sódico 0.9mg/1mL solución oftálmica (Fco x 5 mL)
902207. HEMOGRAMA I [HEMOGLOBINA. HEMATOCRITO Y LEUCOGRAMA] METODO MANUAL
1984226-1. HIDROCLOROTIAZIDA25mg TABLETA
147401. PAQUETE VITRECTOMIA VIA PORTERIOS CON INSERCIÓN DE SILICON O GASES MAS EXTRACCIÓN EXTRACAPSULAR DE CRISTALINO MAS IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR SUTURADO (Derechos de Sala. Materiales insumos Incluye los medicamentos específicos de retina primer c
890202. RETINOLOGIA CONSULTA
890276. TM: OFTALMOLOGIA CONSULTA
19908969-8. Acetaminofén 500mg Tableta
903895.CREATININA EN SUERO U OTROS FLUIDOS

Se informa sobre la solicitud, que a la misma se brindó respuesta el 20 de noviembre de 2020 (anexa), por medio de la cual se informó lo siguiente:

- *“DEVOLUCIÓN RADICADO 42272: -No hay soporte de autorización de servicios por parte de la EPS para cada uno de los servicios cancelados de manera particular (Vitrectomía posterior, consultas, ecografía ocular, laboratorios y medicamentos). Favor adjuntar soportes correspondientes. Literal 8 lista de chequeo*
- *-No hay soporte de trámite y/o solicitud de los servicios ante la EPS. -El recibo de caja 24489 no aplica para trámite, a su vez no detalla el concepto del servicio cancelado de manera legible. Se requiere factura de venta. La lista de chequeo es específica de los soportes documentales requeridos para el trámite.”*

Sobre este punto, es importante recordar que los usuarios cuentan con unos deberes de conformidad con la ley estatutaria 1751 de 2015.

Para el caso particular, se precisa, que contaba el demandante con la obligación de suministrar de manera voluntaria, oportuna y suficiente la información requerida para efectos de recibir el servicio, lo que no ocurrió. Adicionalmente, se deja de presente que los afiliados cuentan con la obligación de radicar dentro del término establecido las solicitudes de reembolso que tuviesen lugar.

De conformidad con los argumentos esbozados con anterioridad, es importante señalar al Despacho que nos encontramos ante una imposibilidad de cumplimiento teniendo en cuenta que para el caso particular el usuario no cumplió con los deberes del afiliado de atender las indicaciones médicas, radicar la formula vigente y solicitar la autorización de los servicios médicos requeridos para que estos fueran materializados; siendo que, para la EAPB se configuró una imposibilidad administrativa para tramitar una adecuada atención de lo deprecado por la accionante. De igual modo, se evidencia que Medimás EPS S.A.S., hoy en Liquidación, cumplió con las obligaciones para con el demandante; y que, por el contrario, el demandante incumplió los requisitos legales para la atención de la solicitud de reembolso.

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 a las siguientes:

III. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

Observa la Sala, que el accionante, CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO acudió al trámite jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento de la suma de \$8.749.700 por concepto de gastos en que incurrió por consulta y control por medicina especializada, ecografía ocular, medicamentos y la realización del procedimiento de vitrectomía posterior con inserción de silicón o gases en ojo izquierdo, el cual fue realizado en la Clínica Ocular LTDA.

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 bien, respecto al trámite de los reembolsos, el artículo 14 de la Resolución No. 5261 de 1994, consagra:

ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.”

A su vez, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, otorga a la Superintendencia Nacional de Salud, la facultad de conocer y fallar con carácter definitivo, los asuntos referentes al reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

A su turno, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 faculta a los usuarios del Subsistema General de Seguridad Social en Salud que a través de un procedimiento judicial, preferente y sumario, se reclame el reembolso de los gastos médicos que hayan hecho por su cuenta.

Bajo tales presupuestos, procede el reembolso por parte de las EPS a un afiliado de los gastos en que hubiera incurrido, en los siguientes casos:

1. Atención médica de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS.
2. Cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica.
3. En caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

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 CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO al Sistema General de Seguridad Social en Salud a la EPS MEDIMAS, en calidad de cotizante.

Así pues, se tiene por acreditado igualmente que el señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, acudió a consulta a través del prestador adscrito a su aseguradora, donde fue remitido de manera urgente a la especialidad de oftalmología, pues se le había detectado “Sombra en el ojo izquierdo y pérdida progresiva de visión”, siendo diagnosticado con desprendimiento de retina y solicitando valoración de urgencia con oftalmología y retinología, cuya autorización fue expedida el 11 de mayo de 2020 para MI IPS Llanos Orientales – IPS Parque Villavicencio.

Ahora bien, respecto del primer punto de apelación presentado por la accionada, relativo a que no existe registro en el sistema de información de radicación de solicitud de prestación de servicio para la vigencia 2020.

No obstante lo anterior, reposa correo electrónico remitido por el demandante a MEDIMAS EPS el 14 de mayo de 2020, en el cual informa de la urgencia y necesidad de agendamiento de consulta de oftalmología ordenada el 11 de mayo de 2020, allegando igualmente, soportes de consultas particulares, solicitudes de servicios, entre otros.

Posteriormente, reposa contestación de la demandada, en la que le indica al actor que recibiría orientación por parte de un asesor sin evidencia que así hubiese ocurrido. Luego, el 22 de mayo de 2020, recibe el demandante correo electrónico informándole que se realizó transcripción y que podría verse reflejada en su sistema entre 5 y 10 días hábiles luego del comunicado.

Conforme lo anterior, se observa que, contrario a lo afirmado por la apelante, MEDIMAS EPS tenía pleno conocimiento de la patología que padecía el demandante, pues fue diagnosticado en su red, y remitido por urgencia a especialista, consulta que no se garantizó por parte de la EPS demandada.

En ese sentido, no cabe duda llegar a la conclusión que la condición de su ojo izquierdo constituía una URGENCIA OFTALMOLÓGICA, al tratarse de un desprendimiento de retina, que de no tratarla inmediatamente e impostergable, le produciría al actor un deterioro significativo o pérdida irreversible de la visión, es

decir, ceguera parcial o total, de ahí la urgencias de realizar el tratamiento oftalmológico lo mas pronto posible.

Lo anterior se colige con el análisis técnico del profesional de la medicina adscrito a la Superintendencia Nacional de Salud, evidenció lo siguiente:

“Análisis técnico:

CALROS YOVANI DIAZ CASTILLO, identificado con cédula de ciudadanía 86044922, de 48 años, quien de acuerdo a certificado de afiliación actual está adscrito con Salud Total activo; teniendo en cuenta los soportes de historia clínica aportados de las instituciones MI IPS Llanos Orientales IPS parque Villavicencio, Clínica de Cirugía Ocular, Angiografía de Colombia, Institución Gamma, Centro oftalmológico del Llano; se informa que el paciente inicialmente asistió a consulta a institución de red de su asegurador en este caso Medimás, donde iniciaron remisión urgente a oftalmología, por cuadro de 2 días de evolución de sombra en ojo izquierdo, con pérdida progresiva de la visión de ojo izquierdo por lo cual es valorado por oftalmólogo, Dr. Emanuel Robles oftalmólogo (particular), quien afirma diagnóstico de desprendimiento de retina, quien al examen médico se evidencia en ojo reflejo corneano negativo y visión borrosa izquierda, por lo cual se pide valoración por urgencias de oftalmología retinología; sin obtener respuesta de la valoración por la especialidad por parte de Medimás, decide asistir a Clínica de Cirugía Ocular de forma particular, donde se informa que hay un desprendimiento de retina por lo cual expide de forma URGENTE, LA REALIZACIÓN DE VIOTRECTOMIA POSTERIOR + ENDOLASER + INYECCION DE ACEITA, adicional solicita paraclínicos como fueron Ecografía ocular, electrocardiograma y laboratorios básicos, adicional valoración por anestesiología. Se toman paraclínicos y se evidencia fórmula médica de posoperatorio inmediato de 27 de mayo de 2020, donde formula acetaminofén, ciprofloxacina e hidroclorotiazida e informa cuidados postoperatorios, con control para el día 28 de mayo de 2020, de la Dra. Sierra Mejía Haishel Vanessa; asiste el 28 de mayo de 2020, y en su control POP de 1er día, se registra los hallazgos posoperatorios y control en 10 días. Posterior se realizan controles POP de Clínica de Cirugía Ocular de los días 28 de mayo de 2020, 10 de junio de 2020, 17 de junio de 2020 y 25 de junio de 2020.

Es importante definir que el paciente soporta el haber asistido a red del asegurador Medimás, el día 11 de mayo de 2020, donde remitieron de forma urgente a oftalmología, con diagnóstico registrado de desprendimiento de retina, sin embargo, sin respuesta a esta solicitud por parte del asegurador, para lo cual toma de forma voluntaria la valoración por retinología en la Clínica de Cirugía Ocular el día 13 de mayo de 2020, médico especialista dio orden médica URGENTE, de vitrectomía + endolaser + inyección de aceite de silicón. Con los soportes anteriores, el paciente aporta evidencia que informo vía correo electrónico el 14 de mayo de 2020 a Medimás, dirigido a asesorvirtual@medimas.com.co, acerca de la urgencia y la necesidad de procedimiento quirúrgico; y el cual fue recibido con registro de solicitud por Medimás, #AV0002558 e informan que un asesor realizara el seguimiento.

El usuario, soporta el registro ante el asegurador de solicitud de reembolso, de acuerdo con los procesos informados por la entidad; sin embargo, en varias oportunidades fueron devueltos, por no cumplir con los criterios de la Resolución 5261 de 1994. Adicional informan que no tenían autorización los servicios. Dado lo anterior no fue positiva, la respuesta por parte de Medimás, al reembolso por los gastos ocasionados respecto a patología de desprendimiento de retina.

Se evidencia en los registros aportados, los soportes de atención y facturas relacionadas para obtención del reembolso y se relacionan de la siguiente manera:

- 1. Vitrectomía posterior con inserción de silicón o Gases. Clínica de Cirugía Ocular. Factura de venta legible No 241369 27/05/2020 \$8.000.000.*
 - 2. Control por medicina especializada. Clínica Cirugía Ocular. Factura de venta legible No 240747 13/05/2020. \$216.000.*
 - 3. Ecografía Ocular – Dr. Jorge Alfonso Amaris. Factura de venta legible No. 04231 18/05/2020. \$100.000.*
 - 4. Electrocardiograma – Angiografía de Colombia Copia de recibo de caja legible No. 24489 18/05/2020. \$55.000.*
 - 5. Gamma – laboratorio Clínica. Factura de venta legible No 7988 18/05/2020. \$33.000.*
 - 6. Droguerías Patria medicamentos VIGADExA Y ZEBESTEN. Factura de venta legible No GP11-125819 23/05/2020. \$139.200.*
 - 7. Centro Oftalmológico del Llano. Factura de venta legible No. AD 00000023681 11/05/2020. \$190.000.*
 - 8. Droguería Porticent. Factura de venta legible No. DP1564 27/05/2020 \$16.500.*
- Valor total: \$8.749.700.*

Es importante informar, que el vinculado, CLINICA DE CIRUGIA OCULAR LTDA, no se evidencia, en el expediente respuesta de requerimiento realizado.

Dado lo anterior, se evidencia que:

- 1- El paciente cursaba con una patología oftalmológica de manejo urgente, tal como todos los registros médicos tanto de la Red de Medimás, como particulares registraron en la historia clínica, necesidad URGENTE, del procedimiento requerido de vitrectomía posterior y endolaser.*
- 2- El paciente informó el asegurador a través de la IPS de la Red de Medimás, que es la responsable de realizar el proceso de referencia y contrareferencia y coordinador ante el asegurador, del estado patológico del paciente.*
- 3- El paciente informó al asegurador por correo electrónico del día 14 de mayo de 2020, la necesidad urgente de procedimiento quirúrgico. Con recibo por parte del asegurador con registro #AV0002558.*
- 4- Que hay suficiente registro de historia clínica aportado, por diferentes IPS, de la necesidad urgente de procedimiento quirúrgico, de la realización de este u de los controles postoperatorios médicos.*
- 5- De la misma forma tal como lo expresan en el Decreto 019 de 2012, Art. 20 “... el trámite de autorización para la prestación de servicios de salud lo efectuará, de manera directa, la institución prestadora de servicios de salud IPS, ante la entidad Promotora de Salud EPS. En consecuencia, ningún trámite para la obtención de la autorización puede ser trasladado al usuario.*

Ahora bien, en relación la garantía del derecho a la salud como servicio que debe estar orientada por los principios de oportunidad, continuidad e integralidad. Respecto de este último, el artículo 8 de la Ley estatutaria de Salud establece que la garantía del principio de integralidad implica asegurar la efectiva prestación de la salud.

Conclusión:

Se concluye que, de acuerdo con los soportes aportados, la patología se trata de una urgencia oftalmológica la cual requería ser tratada, y que se tiene

evidencia de soportes documentales que la entidad aseguradora tenía conocimiento de la patología presentada por el usuario y el riesgo expuesto de secuelas y complicaciones, y no se evidencia soportes documentales de acompañamiento en este proceso por parte de la EPS MEDIMAS, dado lo anterior es pertinente el reembolso...”

Cabe recordar, que en este escenario, los servicios que les corresponde prestar a las entidades que administran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben ser suministrados al afiliado y a su núcleo familiar en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia, para que de esa forma se garantice la protección integral y demás principios y fundamentos que inspiran el sistema introducido con la ley 100 de 1993, debiendo destacar que los derechos fundamentales como la salud, la vida y la dignidad humana, son el fundamento de la obligación de las entidades promotoras de salud porque no brindar esa atención en la forma como lo dispone el ordenamiento jurídico pone en peligro la vida y la integridad física de las personas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se despacha desfavorablemente la súplica incoada por la demandada, pues contrario a su dicho, sí tenía conocimiento de la patología que padecía el demandante, y no actuó con diligencia para prestar el servicio de salud que pretendía, resaltando que sí conocía de la situación de urgencia del actor, sin que prestara el servicio de salud, de manera oportuna, continua, integral, ni de calidad, el cual era su obligación y deber.

Por otro lado, señala el apelante que tenía el demandante la obligación de suministrar de manera voluntaria, oportuna y suficiente la información requerida para efectos de recibir el servicio, lo que no ocurrió. Adicionalmente, se deja de presente que los afiliados cuentan con la obligación de radicar dentro del término establecido las solicitudes de reembolso que tuviesen lugar.

Conforme lo anterior, señala que se encuentra ante una imposibilidad de cumplimiento teniendo en cuenta que para el caso particular el usuario no cumplió con los deberes del afiliado de atender las indicaciones médicas, radicar la formula vigente y solicitar la autorización de los servicios médicos requeridos para que estos fueran materializados; siendo que, para la EAPB se configuró una imposibilidad administrativa para tramitar una adecuada atención de lo deprecado por la accionante. De igual modo, se evidencia que Medimás EPS S.A.S., hoy en Liquidación, cumplió con las obligaciones para con el demandante; y que, por el contrario, el demandante incumplió los requisitos legales para la atención de la solicitud de reembolso.

Se reitera que el demandante fue operado el 27 de mayo de 2020 en la Clínica de Cirugía Ocular LTDA, posterior a la realización de los exámenes prequirúrgicos ordenados. Es menester tener claridad que el prestador donde se realizaron las atenciones del demandante, no hacía parte de la red contratada de su aseguradora, sin embargo, da cuenta el correo 14 de mayo de 2020, que la EPS demandada tuvo pleno conocimiento del concepto y órdenes del médico particular tratante y que en ese sentido, era entonces vinculante, es decir, que el diagnóstico emitido confirmaba el dato al interior de la consulta dentro de la red contratada por su aseguradora.

Con lo anterior, se evidencia inoportunidad en la atención de una urgencia, así como también, la negligencia de MEDIMAS EPS, para garantizar la inmediatez en la atención de una urgencia oftalmológica por causa del desprendimiento de retina, en el entendido que la oportunidad se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios, por lo que el demandante se vio obligado, no por capricho, sino por necesidad a acudir de manera particular a la Clínica de Cirugía Ocular LTDA, para su atención y práctica de los procedimientos requeridos por el actor.

Así las cosas, dicho argumento no es de recibo para ésta Sala, en tanto que el demandante ni siquiera debió haber incurrido en dicho gasto, pues fue la EPS quien actuó con total negligencia e inoportunidad conforme las normas que reglamentan el SGSSS y el derecho fundamental a la salud de sus afiliados, en el caso particular, el del señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, pues como quedó demostrado, fue emitida la orden médica para CONSULTA DE URGENCIA con la especialidad de oftalmología, sin que la EPS accionada actuara con celeridad para evitar un daño mas grave en su salud.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento de procedibilidad que arguye la impugnante, cuando fue la EPS accionada que falló en todo sentido, máxime cuando debió actuar como garante en la protección constitucional reforzada en la salud de su afiliado, y no evadir por todos los medios la prestación del servicio, omitiendo los principios de integralidad y oportunidad en la prestación de servicios de salud oftalmológicos.

Igualmente, huelga precisar que incluso en el evento de la no radicación de la solicitud de reembolso en el término previsto en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, no implica la pérdida del derecho a la compensación de los gastos en que hubiera incurrido el afiliado, lo anterior por la comprobación de la negligencia de la

Entidad Prestadora de brindar los servicios de salud requeridos por el demandante, pues como se indicó por la Corte Constitucional en sentencia T-650 de 2011, la norma establece un término para adelantar un trámite administrativo, que no implica la pérdida del derecho, ni la exoneración de la entidad para cumplir con sus obligaciones, o que le sea dable beneficiarse de su propia negligencia en la omisión de la prestación de los servicios de salud a su cargo. Cumpliéndose así con los requisitos previstos 41 de la Ley 1122 de 2007 para obtener el reembolso pretendido, conforme la factura de pago aportada.

De no ser suficiente los anteriores argumentos, y en gracia de discusión, se observa de la documental que fue allegada al expediente que, el demandante radicó solicitud de reembolso el 3 de diciembre de 2020, frente a la cual, la EPS demandada dio respuesta negando dicha solicitud, teniendo en cuenta que la normatividad vigente, según resolución 5261 de 1994, bajo el fundamento que no hubo soportes de servicios por parte de la EPS para cada uno de los servicios cancelados de manera particular (Vitrectomía posterior, consultas, ecografía ocular, laboratorios y medicamentos), así mismo se le indicó que no hubo soporte de trámite y/o solicitud de los servicios ante la EPS, finalmente, indicándole que el recibo de caja 24489 no aplica para trámite, a su vez no detalla el concepto del servicio cancelado de manera legible, por lo que requiere factura de venta.

Teniendo en cuenta lo anterior, y contrario a lo afirmado por el apelante, se concluye que el demandante si solicitó el reembolso de los gastos en que incurrió, los cuales además están debidamente soportados, desvirtuando la buena fe de la EPS demandada que debe presumirse de su actuación, razón por la cual procede el reconocimiento y reembolso a favor al señor CARLOS YOVANY DIAZ CASTILLO, en los términos en que se indicó en primera instancia, al no ser objeto expreso de apelación.

Basta las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la decisión de 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 la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022, por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado

(EN USO DE PERMISO)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Link expediente digital: [11001220500020230051801](https://expediente.digijud.gov.co/11001220500020230051801)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 4-2021-00273-01

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

DEMANDANTE: **ELSA HERNANDEZ HERNANDEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES; AFP SKANDIA SA; AFP COLFONDOS SA;
Y AFP PROTECCION SA.**
ASUNTO: **APELACION SKANDIA Y COLPENSIONES, Y CONSULTA
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderado de AFP SKANDIA SA al abogado CARLOS AUGUSTO SUREZ PINZON CC 1.032.470.700 y TP 347.852 del CSJ, según documentos adjuntos. Se reconoce personería para actuar como apoderada de Colfondos SA a la abogada JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA CC 53.140.4667 y TP 199.923 del CSJ, según documentos adjuntos.

La demandante, Colfondos, Colpensiones y Skandia a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ELSA HERNANDEZ HERNANDEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, SKANDIA, COLFONDOS y la AFP PROTECCION SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que el traslado efectuado por **ELSA HERNANDEZ HERNANDEZ** a la AFP PROTECCION SA es ineficaz, igualmente la afiliación a Colfondos SA, y a Skandia SA. Declarar que la filiación de la demandante a Colpensiones está vigente y sin solución de continuidad. CONDENAR a las demandadas a trasladar a Colpensiones los aportes, intereses y gastos de administración. Condenar a Colpensiones activar la afiliación en el RPM, y recibir los dineros, y actualizar la historia laboral de la demandante. Condenar al pago de los perjuicios morales. 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 17 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, y Skandia llamo en garantía a Mafre; como consta en autos de marzo 24 de 2022 y septiembre 15 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 26 de octubre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación realizada por **ELSA HERNANDEZ HERNANDEZ** a la AFP Protección SA en 1995, declaro que nunca se trasladó al RAIS. CONDENO a Skandia SA a devolver a Colpensiones las sumas recibidas por aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados por el periodo que estuvo vinculada. CONDENAR a AFP PROTECCION SA y COLFONDOS SA a devolver a Colpensiones las sumas recibidas por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, por el periodo que estuvo vinculada a dichos fondos. ORDENAR a Colpensiones que una vez se surta el trámite anterior, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al RPM con sus correspondientes aportes. Declaro no probadas las excepciones propuestas; y negó las demás pretensiones. Impuso costas a protección, Colfondos y Skandia. Declaro probadas las excepciones propuestos por Mafre. Impuso costas a Skandia

en favor de Mafre. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA apela y solicita se revoque la condena en contra de Skandia, pues no fue la administradora que realizó el traslado a la demandante, también por cuanto se trasladó a Skandia cuando estaba dentro de la prohibición consagrada en la ley 797 de 2003 para cambiar de régimen; por tanto, no es posible devolver los gastos de administración los seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y menos indexados, pues estos pagos están regulados en la ley. y generarían un enriquecimiento sin causa a Colpensiones; respecto a las primas de seguros previsionales ya fueron causadas, al igual que los porcentajes al fondo de garantía de pensión mínima. La indexación no es procedente, pues ya se están devolviendo los aportes con sus rendimientos, Solicita se revoque la negativa al llamamiento en garantía. Solicita no se condene en costas por ser improcedentes.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que la demandante no tiene derecho a la ineficacia, ya que nunca solicito asesoría a Colpensiones para trasladarse al fondo privado.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., efectuado por **ELSA HERNANDEZ HERNANDEZ** el día 29 de enero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Skandia SA, ultimo fondo en que estuvo afiliada, al igual que Colfondos y Protección devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente 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 Colmena hoy Protección SA, el 29 de enero de 1996 (f. 107 demanda); luego el 12 de febrero de 2002 se trasladó a Colfondos (f.108 demanda); y 28 de mayo de 2013 se trasladó a Skandia (f.109 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 e historia laboral; AFP SKANDIA: apporto certificado estado de cuenta, SIAFP, certificado bono pensional, HL consolidada, respuesta diciembre 15 de 2016, formulario afiliación; PROTECCION apporto: formulario afiliación, SIAFP, certificado de movimiento de cuenta, respuesta a petición, concepto SIF2015, políticas de asesoramiento, comunicado de prensa; COLFONDOS apporto: SIAFP, estado de afiliación, formulario afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 29 de enero 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 enero 29 de 1996, la demandante tenía 61.57 semanas (f.109 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació 5 de noviembre de 1960 f.9 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 2016, fecha de expedición de historia laboral por Skandia, la demandante había cotizado 588 semanas, (f. 110 a 114 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 COLMENA HOY 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 COLMENA HOY PROTECCION S.A., el 29 DE ENERO DE 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP Colfondos y Skandia SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR la sentencia proferida el 26 de octubre de 2022 por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP SKANDIA 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 SKANDIA SA, AFP COLFONDOS SA, Y AFP PROTECCION SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante los periodos que la demandante estuvo afiliada a dichos fondos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP SKANDIA 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Elsa Hernández Hernández
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**004-2021-00273-01**

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: **1aef73e07b4f7caa95565a57efa5d6dd6cd41e05e8543dd1c73818513e77f001**

Documento generado en 29/06/2023 04:24:20 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 5-2020-00467-01

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

DEMANDANTE: **CARMEN TERESA SARMIENTO PINZON**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación y el grado jurisdicción al de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de junio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CARMEN TERESA SARMIENTO PINZON instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad del traslado de **CARMEN TERESA SARMIENTO PINZON del RPM al RAIS** administrado por Colfondos SA el 1 de noviembre de 1997 al omitir información sobre los efectos del traslado al RAIS del RPM. Condenar

a Colfondos SA a restituir a Colpensiones los valores obtenidos por la vinculación de la demandante como cotizaciones y bonos pensionales con los rendimientos causados. Condenar a Colpensiones a recibir como afiliada a la demandante, y los valores obtenidos durante su vinculación al RAIS, y a contabilizar las semanas cotizadas. 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 junio 12 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de junio 1 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5° Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de junio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado por **CARMEN TERESA SARMIENTO PINZON** a través de Colfondos SA. **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS SA trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar la historia laboral. Condeno en costas a Colfondos. **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 el demandante suscribe el formulario de afiliación en vigencia del estatuto orgánico del sistema financiero, y allí se exigía al consumidor financiero que se informara sobre el sistema, y que la simple suscripción del formulario se infiere que la afiliación es válida, y allí plasma su consentimiento. El deber de información a variado con el tiempo, y+ para el año 1997 cuando se afilió era imposible que se supiera las condiciones pensionales, más cuando el demandante efectuó actos de relacionamiento conforme a sentencia de la Sala de descongestión Laboral de la Corte Suprema, que indica que con esto se infiere el deseo de permanecer en el RAIS. Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio celebrado entre el demandante y Colfondos, y por tanto no puede resultar perjudicado, y más cuando ya se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003 que prohíbe el traslado cuando falten menos de diez años para llegar a la edad pensional.

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 **CARMEN TERESA SARMIENTO PINZON** el día 30 de septiembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Colfondos SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 30 de septiembre de 1997 (f. 118 demanda).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del

decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP COLFONDOS SA aportó: estado de afiliación, formulario de afiliación, artículo del Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de septiembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado 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 septiembre 30 de 1997, la demandante tenía 606 semanas (f.107 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 2 de enero de 1964 f.104 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.698 semanas, (f.107 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 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 COLFONDOS S.A., el 30 de septiembre de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS S.A. tampoco logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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 adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso

los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, pues Colpensiones, en realidad no resulto vencido en el proceso, pues en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP COLFONDOS SA, siendo obligatoria la concurrencia al proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario, no obstante conocerse en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado 5° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS 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 COLFONDOS 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carmen Teresa Sarmiento Pinzón
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**005-2020-00467-01**

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: **2255d4c707c3b4cf5c1303f94f471dca8fb64f3c743cc15f186148e79df2b2c7**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:47 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 5-2021-00255-01

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

DEMANDANTE: **JAIME ALFONSO PARADA PACHON**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCION S.A. AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDANTE, APELACION Y CONSULTA**
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación del demandante y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de julio de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

JAIME ALFONSO PARADA PACHON instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR 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 de **JAIME ALFONSO PARADA PACHON** del **RPM al RAIS** administrado por PORVENIR Y PROTECCION, y declarar que siempre ha pertenecido al RPM sin solución de continuidad. Ordenar a los fondos

PORVENIR Y PROTECCION devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos, gastos de administración durante el tiempo de vinculación, Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación. Condenar a Porvenir y Protección cancelar los perjuicios morales. 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 enero 12 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de julio 14 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 5° Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 22 de julio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **JAIME ALFONSO PARADA PACHON** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Horizonte SA hoy Porvenir SA. **ORDENAR** a la AFP Porvenir SA trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar la historia laboral. Absolver a las demandadas de las demás pretensiones, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto a la indemnización de perjuicios morales. Absolver de todas y cada una de las pretensiones a Protección SA. Sin costas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación al demandante y a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

EL DEMANDANTE apela la decisión parcialmente respecto a la condena en costas, solicitando se condene en costas a las demandadas, ya que se opusieron a las pretensiones, y las costas son una consecuencia jurídica del artículo 365 del CGP. COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que el traslado del demandante se efectuó sin que Colpensiones tuviera alguna inferencia. Ya en el proceso se demostró que fue el fondo privado el causante de la violación del deber de información, deber ser el, quien asuma la carga pensional, y no Colpensiones. Colpensiones está vinculada en forma residual, ya que la obligación de información recae en el fondo privado. En caso de ser conformada la sentencia, se deben reintegrar a Colpensiones los recursos de la cuenta de Ahorro individual, tales como

aportes, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales.

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 **JAIME ALFONSO PARADA PACHON** el día 12 de noviembre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir y Protección SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 12 de noviembre de 1996 (f. 32 demanda), luego el 3 de mayo de 1998 se trasladó a Protección SA; luego el 29 de marzo de 2000 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir SA, y el 1 de enero de 2014 a Porvenir SA (f.84 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 aportó: SIAFP, afiliación marzo 20 de 2000, formulario noviembre 12 de 1996, certificado de afiliación, aportes histórico, relación de aportes, historia bono pensional, historia laboral, respuesta a simulación pensional, respuesta a a petición, hoja de vida asesor Nelson Bustos, certificado de capacitación brindada al asesor, página del Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2020. AFP PROTECCION SA, aportó: AS400, formulario protección de agosto 30 de 1998, SIAFP, constancia de aportes trasladados, concepto SIF 2015, políticas de vinculación personas naturales, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de noviembre 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 noviembre 12 de 1996, la demandante tenía 457 semanas (f.106 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo

33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 12 de diciembre de 1961 f.30 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 2022, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.219 semanas, (f.106 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 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP HORIZONTE 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 12 de noviembre de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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 adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por 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 todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante PORVENIR 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 ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

La apelación del demandante muestra inconformidad con la no condena en costas a las demandadas por parte del a quo, y solicita se condene a las accionadas ya que fue vencido en juicio. En efecto el artículo 365 del CGP en su ordinal 1 establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso; el ordinal 5 establece que cuando prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas, o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión; y de igual manera el ordinal 8 establece que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Para el caso presente se pretendió la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, por haber faltado la AFP PORVENIR al deber de

información, pretensión que salió adelante, y en la cual no medio ninguna participación de Colpensiones en el negocio jurídico que se dejó sin efecto, por tanto no habrá lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pero si condenará en costas a cargo de la AFP PORVENIR SA, esto es, en cabeza exclusivamente del fondo privado Porvenir SA, quien no demostró haber suministrado la información veraz exigida para este tipo de traslados. Se revoca parcialmente.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, pues Colpensiones, en realidad no resultó vencido en el proceso, pues en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP PORVENIR SA, siendo obligatoria la concurrencia al proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario, no obstante conocerse en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2022 por el Juzgado 5° Laboral el 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, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral quinto de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR SA en costas.

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
CALLE Ponente



Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Jaime Alfonso Parada Pachón
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**005-2021-00255-01**

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: **f802d6ac33d3e1d7f810f422afa3ab16e6cf0d8a19ee3e0ba762b530d3bdfc78**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:48 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 9-2020-00255-01

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

DEMANDANTE: **ANDRES BURBANO LOPEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP COLFONDOS SA.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN: DEMANDANTE Y**
COLPENSIONES/ CONSULTA COLPENSIONES

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

El demandante, a través de su procurador judicial presento alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 25 de octubre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

ANDRES BURBANO LOPEZ 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 **ANDRES BURBANO LOPEZ** del RPM AL RAIS, efectuado a través

de COLFONDOS el 1 de enero de 1999, y declarar que siempre estuvo afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad. Ordenar a Colfondos devolver a Colpensiones las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales y rendimientos. Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación del demandante, recibir las sumas a Colfondos y reactivar la afiliación actualizando la historia laboral. Condenar a Colfondos por Perjuicios morales. Condenar en costas a las demandadas. Plantea pretensiones subsidiarias en idénticos términos pretendiendo la nulidad.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 20 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de julio 19 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2 Laboral Transitorio del circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de julio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **ANDRES BURBANO LOPEZ** del RPM al RAIS efectuado el 4 de noviembre de 1998 con efectos al 1 de enero de 1999 a través de Colfondos. Condenar a Colfondos a trasladar a Colpensiones los valores que recibió por la afiliación del demandante y que se encuentren en su cuenta como cotizaciones, bonos pensionales, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, intereses y gastos de administración debidamente indexados, Condenar a Colpensiones a recibir de Colfondos los valores reconocidos y reactivar la afiliación del demandante, y actualizar la historia laboral. Declarar no probadas las excepciones propuestas, y absolver a las demandadas de las demás pretensiones. Impuso costas a Colfondos.

CONCEDIÓ recurso de apelación al demandante y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante apela parcialmente la decisión en cuanto a la no condena en costas de Colpensiones. Lo anterior si se tiene en cuenta que Colpensiones fue vencido en juicio y la condena en costas fue una de las pretensiones de la demanda, y además se opuso al proceso, interviniendo en todas las etapas, pidiendo pruebas e

interrogando al demandante, por tanto, debe ser condenado en costas, conforme lo señala el artículo 365 del CGP siendo una condena objetiva al que es vencido en juicio, como lo tiene sentado el Tribunal Súper de Bogotá.

COLPENSIONEA apela la decisión, solicitando revocar el fallo, pues no existen elementos como error, fuerza o dolo en el presente asunto, pues el demandante le faltaban más de 20 años para obtener su pensión cuando se afilió al RAIS, y tampoco era beneficiario del régimen de transición. El solo hecho de que la mesada pensional sea superior en el RPM no invalida o hace ineficaz el acto de traslado de régimen, ni indica que haya sido engañado al afiliarse. Pues en el año que se trasladó los fondos privados no estaban OBLIGADOS A SUIMONSTRAR INFORMACION, MAS QUE SUSCRIBIR EL FORMULARIO DE AFILIACION. Lo que existió fue un desinterés del demandante, y decidió seguir afiliado al RAIS.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **ANDRES BURBANO LOPEZ** el día 4 DE NOVIEMBRE DE 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS SA , devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS SA el 4 de noviembre de 1998 (f.7 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 ineffectividad de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineffectividad, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineffectividad del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineffectividad del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

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

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

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

Más aún si se tiene en cuenta que, del interrogatorio de parte realizado 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 4 de noviembre de 1998, el demandante tenía 662 semanas (f.45 contestación Colfondos), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 20 de enero de 1962 f.6 demanda expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al tener las semanas requeridas (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos SA, el demandante había cotizado 1,747 semanas, (f.45 contestación Colfondos) 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 4 DE NOVIEMBRE DE 1998, 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 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 aclarará 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:

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

Para el caso presente se pretendió la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS, por haber faltado la AFP COLFONDOS SA al deber de información, pretensión que salió avante, y en la cual no medio ninguna participación de Colpensiones en el negocio jurídico que se dejó sin efecto, por tanto no habrá lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, por lo que se no se accederá a lo solicitado por el apelante.

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 29 DE JULIO de 2022 por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá., en el sentido que AFP COLFONDOS SA deberá devolver a Colpensiones todos los aportes que reposen en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos e intereses, los bonos pensionales, y sumas adicionales; y el cuanto a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima los devolverá a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a sus propias 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



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaro voto

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Andrés Burbano López
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**009-2020-00255-01**

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: **1f7249bbaa1fa1aeac654aacb24250c7d660a66c2c800ec6f1bc828c18b6c917**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 9-2021-00158-01

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

DEMANDANTE: **MARIA INES LEON CORTES**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**

AFP PROTECCION SA.

ASUNTO: **APELACION COLPENSIONES, 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 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante, del RPM al RAIS a través de AFP Protección SA, por omisión al deber de información. Declarar que la demandante ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad. Ordenar a Protección la devolución a Colpensiones de todas las sumas, como bonos,

cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, póliza de invalidez y muerte. Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación sin solución de continuidad, recibir los aportes y rendimientos financieros de Protección, y reactivar 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 noviembre 25 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de agosto 19 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 28 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS administrado por Colmena hoy AFP Protección SA el 23 de abril de 1998. Condenar a AFP Protección SA a trasladar a Colpensiones los valores por aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Condenar a Colpensiones a recibir de Protección todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos al fondo común que administra, consolidando la historia laboral de la demandante con las respectivas semanas. Declaro no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a 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, toda vez que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es simplemente un tercero ajeno al acto jurídico de traslado efectuado entre el demandante y Protección. Colpensiones no puede ser beneficiado, ni perjudicado por la decisión de ineficacia. Solicita no se condene a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM, pues se afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones, conforme al artículo 48 de la Constitución, afectando el PIB, y la reserva pensional pública. La demandante está inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 pues le faltan menos de diez años para llegar a la edad pensional. Solicita en

caso de confirmarse el fallo devolver también las primas de seguros previsionales, los gastos de administración, y aportes al fondo de garantizará de pensión mínima.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., efectuado por **MARIA INES LEON CORTES** el día 28 de abril de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Proteccion 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 Colmena hoy Protección S.A. el 28 de abril de 1998 (f. 31 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 e historia laboral; AFP PROTECCION SA aporó: SIAFP, formulario Colmena abril 28 de 1998, movimiento de cuenta de ahorro, concepto SIF 2015, comunicado de prensa, protocolo para asesorar y vincular personas naturales.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de abril 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 28 de abril de 1998, la demandante tenía 492 semanas (f.7 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 13 de abril de 1960 f.3 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 2020, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 565 semanas, sin tener en cuenta la totalidad de semanas en el RAIS (f.7 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 COLMENA HOY PROTECCION S.A., el 28 de abril de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP Protección 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, y atendiendo también la inconformidad 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 PROTECCION 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 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 28 de septiembre de 2022 por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Inés León Cortés
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**009-2021-00158-01**

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: **46409a2edf47d982b20a8840342580a1925470bece998afd2628207d65e80b41**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 12-2021-00370-01

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

DEMANDANTE: **PRISCILA FORERO DUARTE**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: **APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES, Y CONSULTA**
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de noviembre 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 QUIEN ES APODERADO PRINCIPAL DE Porvenir, según documentos que reposan en el expediente.

La demandante y Porvenir, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

PRISCILA FORERO DUARTE 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 de la vinculación de **PRISCILA FORERO DUARTE** al RAIS efectuado a la AFP Porvenir SA en junio de 1997 por no cumplir el deber de información. Declarar que la demandante está afiliada a Colpensiones. Condenar a Porvenir a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que figuran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como bonos, aportes, rendimientos, comisiones etc. Condenar a Colpensiones a 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 septiembre 1 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 1 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de noviembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación realizada por **PRISCILA FORERO DUARTE** del RPM al RAIS administrado por Porvenir SA el 30 de abril de 1997. Declarar válidamente vinculada a la demandante en el RPM. CONBDENAR a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, comisiones, rendimientos., mermas sufridas al capital destinado a financiar la pensión de vejez, y gastos de administración con sus frutos e intereses, y demás rubros que posea en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados. CONDENAR a Colpensiones a recibir todos los valores de Porvenir, y actualizar la historia laboral. Declaro no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a Porvenir y Colpensiones. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR apela parcialmente la decisión, en cuanto a la indexación de todas las sumas, pues ya se estas ordenando devolver los aportes con sus rendimientos financieros, y esto constituiría una doble condena.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que la demandante era consciente de las implicaciones que tenía su traslado al RAIS como lo dejó sentado al firmar el formulario de afiliación. En cuanto al traslado la demandante esta dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003, y esta ineficacia atenta contra la estabilidad financiera de Colpensiones, pues no es permisible que personas que no han contribuido al fondo común, se vean beneficiadas en la pensión de vejez desfinanciando el sistema. Se debe tener en cuenta el principio de la buena fe, pues Colpensiones no podía evitar el traslado de la demandante, y tampoco acepto este ultimo traslado de la demandante al estar inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003.

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 **PRISCILA FORERO DUARTE** el día 30 de abril de 1997; **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 Colpatria hoy Porvenir S.A. el 30 de abril de 1997 (f. 85 contestación Porvenir); luego el 3 de junio de 1999 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir (f.86 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 aportó: SIAFP, formulario Colpatria, formulario Horizonte, página del Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2020, relación histórica de movimientos, historia laboral consolidada, válida para bono pensional, bono pensional, certificado de afiliada, respuesta a petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de abril 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 30 de abril de 1997, la demandante tenía 633 semanas (f.6 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93,

tenía en el año 1994, 31 años (nació el 9 de agosto de 1963 f.2 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 1.807 semanas, (f.6 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 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 COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 30 de abril de 1997, 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, y respecto a la inconformidad de Porvenir SA respecto a la indexación, se modificara 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 MODIFICARÁ 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: MODIFICAR la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2022 por el Juzgado 12 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.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Priscila Forero Duarte
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**012-2021-00370-01**

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: **95b447d4693905f4b4355b68473a97be7832b16e94cef0f4e18718288eddd12b**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 27-2020-00475-01

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

DEMANDANTE: **RODRIGO ARENAS SALCEDO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP COLFONDOS S.A. AFP SKANDIA SA.
ASUNTO: **APELACIÓN AFP SKANDIA SA, APELACION Y CONSULTA**
COLPENSIONES

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata recursos de apelación formulados por AFP SKANDIA SA Y COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante presento alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 2 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

RODRIGO ARENAS SALCEDO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS Y SKANDIA 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 **RODRIGO ARENAS SALCEDO** del RPM al RAIS ante Colfondos en junio de 1994, y Skandia el 7 de marzo de 2003, se declare afiliado a Colpensiones en el RPM; se ordene a Skandia devolver los

aportes, rendimientos, bono pensional, y cuotas de administración a Colpensiones. 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 5 de 2022 fue notificada a las demandadas; quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de agosto 12 de 2022, en donde se negó el llamamiento en garantía efectuado por Skandia a Mafre; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 27° Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 20 de octubre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **RODRIGO ARENAS SALCEDO** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Colfondos el 1 de junio de 1994, y a Skandia el 7 de marzo de 2003. **CONDENAR** a la AFP Skandia SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación de **RODRIGO ARENAS SALCEDO** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. **CONDENAR** a Colfondos a devolver los valores descontados al demandante mientras estuvo vinculado por concepto de gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos. Ordenar a Colpensiones afiliarse nuevamente al demandante en el RPM y recibir las sumas de Colfondos y Skandia. Declarar no probadas las excepciones propuestas. Costas a Colfondos y Skandia. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Skandia y a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

SKANDIA apela la decisión parcialmente en cuanto a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues la normatividad establece que cuando se trasladan recursos del RAIS AL RPM no incluyen los gastos de administración del 3% que fue utilizado en la correcta administración de la cuenta, y las primas de seguros previsionales fueron canceladas a la aseguradora para cubrir las contingencias; en este orden se cusa un perjuicio al RAIS.

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, ya que no se comparte lo decidido por el a quo, pues esto tienen consecuencias que afectan el patrimonio de Colpensiones. El demandante no está exento del deber de informarse conforme al decreto 2241 de 2010. Tampoco está disminuido mentalmente para celebrar actos o contrato, tampoco hizo uso de las normas legales que le permitían el retracto y la recesión. Se afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones. Debe primar el interés general sobre el particular. El fallo contradice los principios de solidaridad, subsidiariedad y sostenibilidad que rige el RPM.

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 **RODRIGO ARENAS SALCEDO** el día 30 de mayo de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Skandia y Colfondos SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 30 de mayo de 1994 (f. 65 contestación Skandia), luego el 1 de mayo de 2003 se trasladó a Skandia SA (f.25 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 COLFONDOS SA no aportó pruebas; y AFP SKANDIA SA: aportó formulario de marzo de 2003, historia laboral 2020, estado de cuenta, bono pensional, simulación pensional 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 30 de mayo 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 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 30 de mayo de 1994, el demandante tenía 440 semanas (f.25 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 27 de marzo de 1961 f.11 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 2020, fecha de expedición de historia laboral por Skandia, el demandante había cotizado 1.571 semanas, (f.25 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 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 COLFONDOS S.A., el 30 de mayo de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS S.A. y AFP SKANDIA SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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 SKANDIA 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 todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante COLFONDOS Y SKANDIA 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 la apelante AFP SKANDIA SA, inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal a favor del demandante.

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia a Colpensiones, pues en realidad no resultó vencido en el proceso, dado que en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP COLFONDOS SA, no teniendo el afiliado ningún impedimento para trasladarse de régimen, y menos Colpensiones alguna facultad para impedirlo; siendo obligatoria la concurrencia a este proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario, no obstante conocerse en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor.

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 octubre de 2022 por el Juzgado 27° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP SKANDIA 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 COLFONDOS SA, y AFP SKANDIA SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

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

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Aclaró voto

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Rodrigo Arenas Salcedo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**027-2020-00475-01**

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: **03c375e79d246bb2f100575e76c7b1827daa33961cd7db1fc02024244dfda1cd**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2020-00421-01

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

DEMANDANTE: **LEONEL ANTONIO CORDOBA MORALES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: **APELACION COLPENSIONES, 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 24 de octubre 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 quien es apoderado principal de AFP Porvenir SA, según documentos que reposan en el expediente.

Las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

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

- Que se declare que Porvenir no suministro al demandante un calculo actuarial que permitiera establecer la diferencia real entre la mesada que obtendría en el RPM y en el RAIS. Declarar que el ISS y Porvenir no le informaron al demandante que en el RPM tendría un derecho pensional cierto, y que para pensionarse en el RAIS antes de los 62 años tendría que tener un capital acumulado que le permitiera una pensión del 110% del SMLV, y que nunca le informaron cual era el capital que necesitaría para alcanzar ese porcentaje. Declarar que Porvenir le suministró información falsa para lograr que el demandante se trasladara de régimen. Declarar la nulidad de la afiliación al RAIS administrado por Porvenir por vicios del consentimiento. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes efectuados, junto con los rendimientos. Condenar a Colpensiones a recibir los aportes en el RPM como si nunca se hubiera cambiado de régimen. 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 mayo 28 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 13 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 13 de septiembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **LEONEL ANTONIO CORDOBA MORALES**. Ordenar a Porvenir trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del 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. **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 no existe vicio del consentimiento en la afiliación, el actor no se encuentra en transición, y no probó la falta de asesoría alegada. La suficiente información para la época del traslado se demostraba simplemente con la suscripción del formulario. Colpensiones no sabía

cual era la mesada pensional que recibiría cuando llegara a la edad pensional. La declaratoria de ineficacia genera una descapitalización del RPM. En caso de confirmar la sentencia, solicita se devuelvan la totalidad de los aportes, bonos pensionales, gastos de administración, primas de seguros previsionales y aporte al fondo de garantía de pensión mínima.

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 **LEONEL ANTONIO CORDOBA MORALES** el día 28 de abril 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 28 de abril de 1995 (f. 133 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, formulario Horizonte, página del Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF 2020, relación de movimientos, historia laboral, certificado historia laboral valido para bono pensional, certificado bono pensional, certificado de afiliado, respuesta a petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de abril 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 28 de abril de 1995, la demandante tenía 242 semanas (f.133 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el noviembre 30 de 1961 f.82 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, el demandante había cotizado 1.254 semanas, (f.133 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 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 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 abril de 1995, la cual lo 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, conforme a lo solicitado por Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que como 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:

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 24 de octubre 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 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Leonel Antonio Córdoba Morales
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**034-2020-00421-01**

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: **8d323256b01f2da2a4e54f19f3a7283ed09ed49cd422a98f5852795f29e70eeb**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2021-00078-01

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

DEMANDANTE: **LESLY EUGENIA GONZALEZ GOMEZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PORVENIR SA.
ASUNTO: **APELACION COLPENSIONES, 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 26 de julio 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 quien es apoderado principal de AFP Porvenir SA, según documentos que reposan en el expediente. Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA CC 52.938.149 y TP282.206 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

Las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 12 de diciembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

LESLY EUGENIA GONZALEZ GOMEZ 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 efectuado, del RPM al RAIS a través de AFP Porvenir SA, por omisión al deber de información. Declarar que la demandante ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad. Ordenar a Porvenir la devolución a Colpensiones de todas las sumas, como bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de administración, póliza de invalidez y muerte. Ordenar a Colpensiones reactivas la afiliación sin solución de continuidad, 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 julio 19 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de junio 24 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 26 de julio de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por **LESLY EUGENIA GONZALEZ GOMEZ**. 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. **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 esta inmersa en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 artículo 2, porque esta a menos de diez años de llegar a la edad pensional, y esta prohibición no es imprescriptible como lo asegura el fallo. En el presente caso no se puede aplicar la línea jurisprudencial de la Corte que establece el deber de información a cargo de

los fondos privados, puesto que la demandante solo busca un interés económico al presuntamente recibir una mesada menor en el RAIS, lo cual no indica que se hubiera faltado al deber de información. La declaratoria de ineficacia produce una desfinanciación del sistema pensional, cuando la esencia de la ley 100/93 fue salvaguardar los derechos pensionales de los afiliados. Solicita se absuelva a 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 **LESLY EUGENIA GONZALEZ GOMEZ** el día 12 de mayo de 1998; **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 12 de mayo de 1998 (f. 71 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: SIAFP, formulario Horizonte, historia laboral, relación de movimientos, relación de aportes, certificado historia laboral, certificado bono pensional, certificado de afiliada, respuesta a petición, página del 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 12 de mayo 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 12 de mayo de 1998, la demandante tenía 522 semanas (f.33 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 15 de febrero de 1964 f.31 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 2020, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la

demandante había cotizado 1.125 semanas, (f.33 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 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 12 de mayo de 1998, 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:

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 26 de julio 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 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Lesly Eugenia González Gómez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**034-2021-00078-01**

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: **3996b03947398a07b4cc252b20a1b0d6a2eae77598bc3a6641e4b636cd4a7f3**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2021-00181-01

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

DEMANDANTE: **CLAUDIA PATRICIA QUINTERO ARANDA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIONS.A. /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 su favor sobre la sentencia proferida por el Juzgado 1 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 4 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada Paula Huertas Borda CC 1.020.833.703 y TP 369.744 del CSJ, como apoderado especial de AFP PORVENIR SA, según documentos adjuntos.

La demandante, Porvenir y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CLAUDIA PATRICIA QUINTERO ARANDA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR 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 que **CLAUDIA PATRICIA QUINTERO ARANDA** fue inducida en error por Porvenir SA al omitir información suficiente y oportuna a la demandante al trasladarse del RPM al RAIS. Declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de Porvenir y Protección. Se condene a Porvenir y protección a comunicar a Colpensiones la ineficacia de la afiliación de **CLAUDIA PATRICIA QUINTERO ARANDA**. Se condene a Colpensiones a tener como afiliada a la demandante. Se condene a Protección a trasladar a Colpensiones los aportes desde el 1 de agosto de 1997 con los rendimientos. 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 29 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 5 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 4 de octubre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **CLAUDIA PATRICIA QUINTERO ARANDA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. ORDENAR a la AFP Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y reactivar la afiliación. 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 Colpensiones nada tuvo que ver con el negocio jurídico entre la demandante y Porvenir, ella nunca solicito asesoría a Colpensiones, por tanto, Colpensiones no puede asumir esas cargas pensionales. En 1997 la demandante no tenía ningún impedimento para trasladarse de régimen. Tan solo son 25 años en que Colpensiones no ha recibido los gastos de administración, y esto resulta perjudicial para Colpensiones. La sentencia C 1029 de la CC establece que nadie puede ser subsidiado por quienes han aportado al RPM, y que esto descapitalizaría el régimen público. Se afecta la estabilidad

financiera conforme lo establece la sentencia T 489 de 2016. Cuando ya la demandante está inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 faltándole menos de diez años para llegar a la edad pensional. Solicita se ordene la devolución de las sumas de la cuenta de ahorro individual, como aportes y rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales. Igualmente, no condenar en costas ya que Colpensiones fue un tercero frente al trámite de traslado.

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 **CLAUDIA PATRICIA QUINTERO ARANDA** el día 23 de julio de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir y Protección SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 23 de julio de 1997, luego el 29 de marzo de 2007 se trasladó a AFP Protección SA (f.128 Contestación Protección).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el

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

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

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

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

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

obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si 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: formulario de afiliación, relación de aportes, HL, relación de movimientos, certificado de egreso, petición 2020, respuesta, historial de vinculaciones, SIAFP, consulta bono pensional, comunicado gerencia clientes, guía de autorizaciones clientes, comunicado de prensa, concepto SIF. AFP PROTECCION SA, aportó: SIAFP, historia laboral, resumen HL bono pensional, movimiento cuenta de ahorro, HL, actualización de datos 2011, políticas para asesorar personas naturales, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 23 de julio 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 23 de julio de 1997, la demandante tenía 398 semanas (f.42 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 28 de mayo de 1965 f.27 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 2020, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1.219 semanas, (f.42 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 23 de julio de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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 adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PROTECCION 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 todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante PORVENIR 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 ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, pues Colpensiones, en realidad no resulto vencido en el proceso, pues en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP PORVENIR SA, siendo obligatoria la concurrencia al proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario, no obstante conocerse en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 4 de octubre de 2022 por el Juzgado 1 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, 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, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Claudia Patricia Quintero Aranda
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**034-2021-00181-01**

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: **38e4d3b3ea808b10c41591e96a8939a8cea0f5daa86318906f89aa8b84c28faf**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 34-2021-00417-01

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

DEMANDANTE: **MARCELA DEL PILAR HUERFANO BARBOSA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCIONS.A. /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 su favor sobre la sentencia proferida por el Juzgado 1 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 6 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica al abogado Nicolás Eduardo Ramos Ramos CC 1.028.469.231 y TP 365.094 del CSJ, como apoderado especial de AFP PORVENIR SA, según documentos adjuntos.

La demandante, Porvenir y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 22 de noviembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

MARCELA DEL PILAR HUERFANO BARBOSA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PORVENIR 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 que Porvenir SA omitió información suficiente y oportuna a la demandante al trasladarse del RPM al RAIS. Declarar la ineficacia del traslado del RPM al RSAIS efectuado por **MARCELA DEL PILAR HUERFANO BARBOSA** a través de Porvenir el 23 de febrero de 1996. Declarar que nunca se trasladó al RAIS, y que esta válidamente afiliada a Colpensiones. Condenar a Protección SA a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos a Colpensiones de la cuenta de ahorro individual de la demandante, igual que los gastos de administración. Se condene a Porvenir SA trasladar a Colpensiones los gastos de administración por los periodos que permaneció afiliada al fondo. 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 25 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 6 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 6 de octubre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **MARCELA DEL PILAR HUERFANO BARBOSA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. ORDENO a la AFP Protección SA trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, y demás sumas que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandadme, y reactivas la afiliación de la demandante. 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 Colpensiones no estuvo presente cuando la demandante decidió trasladarse del RPM al RAIS. Para 1996 la demandante no estaba imposibilitada para trasladarse de régimen. En este caso ha estado durante 26 años sin hacer aportes a Colpensiones, ni pago gastos de administración al RPM. La sentencia C 1029 de la CC establece que nadie puede ser subsidiado por quienes han aportado al RPM, y que esto descapitalizaría el

régimen público. Se afecta la estabilidad financiera conforme lo establece la sentencia T 489 de 2016. Cuando ya la demandante está inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 faltándole menos de diez años para llegar a la edad pensional. Solicita se ordene la devolución de las sumas de la cuenta de ahorro individual, como aportes y rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales. Igualmente, no condenar en costas ya que Colpensiones fue un tercero frente al trámite de traslado.

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 **MARCELA DEL PILAR HUERFANO BARBOSA** el día 28 de febrero de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir y Protección SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan 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 la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 28 de febrero de 1996 (f. 100 demanda), luego el 22 de julio de 1996 se trasladó a AFP COLMENA hoy Protección SA (f.102 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: SIAFP, relación de aportes, historia laboral, histórico de rendimientos, certificado de egreso, respuesta a petición, formulario afiliación, comunicado de prensa, concepto SIF. AFP PROTECCION SA, aportó: formulario colmena, movimiento cuenta de ahorro individual, SIAFP, historia laboral, resumen HL bono pensional, política s de asesoría, 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 28 de febrero 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 noviembre 12 de 1996, la demandante tenía 53 semanas (f.68 contestación Protección), por tanto, en términos del artículo

33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el enero 16 de 1964 f.99 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 2022, fecha de expedición de historia laboral por Protección, la demandante había cotizado 1.264 semanas, (f.68 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP 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 28 de febrero de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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 adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PROTECCION 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 todos los fondos en que estuvo afiliada la demandante PORVENIR 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 ADICIONARA la sentencia proferida en primera instancia.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

No hay lugar a la imposición de costas en esta instancia, pues Colpensiones, en realidad no resulto vencido en el proceso, pues en la ineficacia que se declara, solo tuvo lugar la participación de la parte actora y el AFP PORVENIR SA, siendo obligatoria la concurrencia al proceso de Colpensiones como litisconsorte necesario, no obstante conocerse en el grado jurisdiccional de Consulta en su favor.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2022 por el Juzgado 1 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, 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, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Marcela del Pilar Huérfano Barbosa
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**034-2021-00417-01**

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: **6462c126b392ece97fdc75f34e1f04b886d0a9bf06ee7b53f458e2e3344dc24e**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:53 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 38-2020-00472-01

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

DEMANDANTE: **NORA MONSALVE FONSECA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES; AFP PORVENIR SA; Y AFP PROTECCION SA.**
ASUNTO: **APELACION DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

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

ANTECEDENTES

NORA MONSALVE FONSECA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA Y AFP 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 a Colmena hoy Protección el 27 de febrero de 1995, igualmente el traslado del 17 de enero de 1997 a Porvenir. Se condene a Colmena hoy Protección y Porvenir a devolver los aportes con los rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones. Condenar a

Colpensiones a recibir a la demandante al RPM como si nunca se hubiera trasladado. 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 marzo 3 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, y Skandia llamo en garantía a Mafre; como consta en autos de julio 22 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del noviembre 9 de 2022: **ABSOLVIO** a las **demandas** de todas las pretensiones Impuso costas a la demandante. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

LA DEMANDANTE apela y solicita se revoque la condena y se acceda a las pretensiones. Sustenta su apelación considerando que la demandante se afilio al ISS en el año 1993, y el traslado de régimen a Colmena se hizo en el año 1995,mes decir 14 meses después de afiliarse al ISS, termino inferior al exigido en la ley, ya que la permanencia mínima era de tres años conforme a la ley 100/93. Igualmente, la sentencia SL 1452 de 2019 establece los vicios del consentimiento. La demandante no tuvo ningún tipo de información o asesoría para su traslado, y no es como dice el fallo de instancia, donde el Juez asegura que era ella la obligada a ir al fondo privado para que le dieran asesoría. Ya que la abundante jurisprudencia y la ley establecen que es el fondo privado a quien le compete el deber de información. De otra parte, tampoco es como dice el fallo que solo con la firma que se indica el consentimiento informado. Claramente en el interrogatorio de parte manifestó que firmo simplemente porque su empleador se lo exigió para poder trabajar, y de allí no se infiere confesión alguna, como dice el fallo. La carga de la prueba correspondía a Colmena, y no probó haber dado la suficiente información. Ahora, el traslado de Colmena a Porvenir no se puede inferir como la ratificación de su permanencia en el RAIS. Sobre la tesis del juzgado sobre los actos de relacionamiento, esta fue rectificadora por la Sala Penal de la Corte, pues esta iba en contravía de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte. El juez se equivoca cuando dice que Colmena no podía rechazar la afiliación de la

demandante, cuando es claro que no cumplía con el termino mínimo de permanencia de tres años en el ISS para poder trasladarse de régimen.

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 **NORA MONSALVE FONSECA** el día 27 de febrero de 1995, al igual que el traslado posterior a AFP Porvenir SA en enero 17 de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, ultimo fondo en que estuvo afiliada, al igual que AFP 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 Colmena hoy Protección SA, el 27 de febrero de 1995 (f. 7 demanda); luego el 17 de enero de 1997 se trasladó a Porvenir SA(f.8 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 válido su traslado.

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PROTECCION SA,

aportó: afiliación a Colmena, movimiento cuenta de ahorro, SIAFP, políticas de asesoramiento, concepto SIF2015, comunicado de prensa. AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, certificado historia laboral, formulario 1997, historia laboral, relación de movimientos, relación de aportes, certificado de afiliado, HL bono pensional, capital y rendimientos, pagina del Tiempo 2004, comunicado de prensa, concepto SIF2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de febrero de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Tampoco se observa que la AFP protección SA hubiese advertido a la afiliada en su momento AFP Colmena SA, que en virtud de lo establecido en el literal e del artículo 13 de la ley 100/93 original, que una vez efectuada la selección inicial de régimen, solo podía trasladarse de régimen cada tres años, en virtud que la actora se afilio al ISS el 2 de diciembre de 1993 (f.3 demanda), y se trasladó a AFP Colmena SA el 27 de febrero de 1995(f.7 demanda) claramente incurso en la prohibición legal.

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 febrero 27 de 1995, la demandante tenía 32 semanas (f.74 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació 18 de octubre de 1967 f.2

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 2022, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1323 semanas, (f. 74 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 y el operador de primera instancia, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLMENA HOY PROTECCION 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 PROTECCION S.A., el 27 de febrero de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los AFP Protección y Porvenir SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.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 y ratificado en el fallo, 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, atendiendo los argumentos expresados en la apelación, los cuales son perfectamente acogidos por esta Sala, ya que los argumentos expuestos por el a quo, no logran desvirtuar la abundante línea jurisprudencial sobre la materia, y se constituyen como una posición insular, y desprovista de rigor argumentativo y fáctico, por lo cual se REVOCARA el fallo de primera instancia y se accederá a las pretensiones de la demanda; ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en la línea jurisprudencia citada líneas atrás, una vez declarada la ineficacia de la afiliación o traslado, deberá establecerse la vinculación sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, y en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por los fondos demandados 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 dichos fondos en que estuvo afiliada la demandante, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

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

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 las demandadas AFP PROTECCION SA Y AFP PORVENIR SA y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente a cargo de cada una. Costas en primera instancia a cargo de AFP PROTECCION SA Y AFP PORVENIR SA.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 DE NOVIEMBRE de 2022 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, y en su defecto **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por **NORA MONSALVE FONSECA** del RPM al RAIS administrado por AFP COLMENA SA hoy AFP PROTECCION SA el 27 de febrero de 1995, al igual que el traslado efectuado el 17 de enero de 1997 al AFP PORVENIR SA.

SEGUNDO: CONDENAR a AFP PORVENIR SA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales si los hubiere; igualmente devolver debidamente indexados los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que estuvo afiliada en dicho fondo.

TERCERO: CONDENAR a AFP PROTECCION SA a devolver a COLPENSIONES debidamente indexados los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y aportes al fondo de garantía de pensión mínima durante el lapso que estuvo afiliada la demandante en dicho fondo.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir las sumas anteriores, y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PROTECCION SA Y AFP PORVENIR SA y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de medio salario

mínimo legal vigente a cargo de cada una. Costas en primera instancia a cargo de AFP PROTECCION SA Y AFP PORVENIR 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Nora Monsalve Fonseca
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2020-00472-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación 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: **24cccd84c0657175b11f1715a93f9649af4f779cbd178747b4e9e9f883edecfc**

Documento generado en 29/06/2023 02:59:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 001-2020-00373-01

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

DEMANDANTE: **PEDRO HERNAN LLANOS PEADA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y Colpensiones presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 20 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

PEDRO HERNAN LLANOS PEADA, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A.; como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS

PRIMERA. Que se declare la anulación o ineficacia de la afiliación-adhesión realizada por el señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA al fondo

obligatorio de pensiones administrado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A. a partir del 01 de abril del 2000, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado al ciudadano sobre las consecuencias y efectos, tanto desfavorables como nocivos de trasladarse del régimen de prima media que administraba el ISS (hoy COLPENSIONES) hacia el régimen de ahorro individual que administra el fondo privado de Pensiones AFP PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDA. Que también se declare la anulación o ineficacia de la afiliación adhesión realizada por el señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA, al fondo obligatorio de pensiones administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., teniendo en cuenta que dicha afiliación se efectuó antes de la expedición de la ley 797 de 2003, en virtud de la cual se crearon condiciones jurídicas y económicas más desfavorables para el traslado entre regímenes pensionales, contraviniendo con ello el principio de progresividad en materia de Seguridad Social.

TERCERA. Que también se declare que en aplicación y prevalencia del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa en materia laboral, así como en el principio de progresividad en materia de seguridad social, se debe anular la afiliación realizada a partir del 01 de abril del 2000 por el señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA al fondo obligatorio de pensiones administrado por la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCIÓN S.A., por cuanto la mesada pensional que recibirá dentro del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA será de un valor ostensiblemente superior a la que en efecto recibirá, si permanece en el RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

CUARTA. Que se declare que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión por vejez a favor del señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA, una vez acredite los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

CONDENATORIAS

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones de anulación del traslado al régimen de ahorro individual:

PRIMERA. Se CONDENE a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que el capital y los rendimientos financieros acumulados por el demandante en el fondo obligatorio de pensiones desde el 01 de abril del 2000 y hasta la sentencia que ponga fin a esta controversia, sean TRASLADADOS hacia el Régimen de PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA que actualmente administra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

SEGUNDA. Que se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si aquella persona nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión y siempre hubiera permanecido en el régimen de prima media, teniendo siempre como Ingreso Base de

Cotización (IBC) para cada periodo, los salarios reportados por el FONDO DE PENSIONES PRIVADO.

TERCERA. Que se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, para que luego del retorno del demandante al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos de los artículos 9° y 10° de la Ley 797 de 2003, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normativa.

CUARTA. Se condene a las demandadas a los demás derechos que de acuerdo con las facultades que extra y ultra petita resulten demostrados dentro del presente trámite.

QUINTA. Se condene a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES al pago de las costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de mayo 27 de 2021 (Archivo 04), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de julio 12 de 2022 (Archivo 12), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 06 y 09).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 1° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 3 de noviembre de 2022 (Archivo 16 y 17), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional del demandante señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA, identificado con la C.C. No 16.262.226, a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme lo expuesto en precedencia

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional del demandante señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA, identificado con la C.C. No 16.262.226 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante señor PEDRO HERNAN LLANOS PEADA, identificado con la C.C. No 16.262.226 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono

pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto

QUINTO: Respecto a la pensión de vejez del demandante, deberá acreditar su desaferencia del sistema, para ir a la entidad de seguridad social, en este caso COLPENSIONES, a fin de que proceda a su reconocimiento pensional, conforme a la parte motiva en la presente decisión

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

SEPTIMO: Sin costas para las partes en la presente instancia.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES:** Solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, pues considera que no puede desconocerse que al otorgarle al demandante el traslado de régimen pensional genera un gran detrimento patrimonial a la entidad, pues el traslado indiscriminado de afiliados excusándose en presuntas faltas del deber de información de las AFP y con ello pretender acceder a una prestación en el RPM cuando no han guardado esa fidelidad al sistema, lo cual va en contra del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional el cual la Corte Constitucional ha hecho diferentes pronunciamientos, entre ellos, en la Sentencia C242-2009 y C62-2010. Manifestó, que es de recordar que el RPM y el RAIS tienen diferente forma de distribución del monto de los aportes, pues mientras el RPM el 13% es destinado a la financiación de pensión de vejez y reservas y el 3% de pensión de sobreviviente e invalidez y gastos de administración, en el RAIS tan solo el 11.5% va dirigido a la cuenta de ahorro individual, el 3% para seguros provisionales y gastos de administración y el 1.5% al fondo de garantía de pensión mínima por lo que el eventual traslado no corresponde al total de la financiación. Finalmente, expuso, que el demandante lleva más de 20 años sin contribuir al fondo común.

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, efectuado por **PEDRO HERNAN LLANOS PEADA** el día 1 de abril de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A., en que estuvo afiliado el demandante, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PROTECCIÓN S.A. el 10 de febrero del 2000, con fecha de efectividad a partir del 1 de abril de 2000 (Pág. 22 y 68 – Archivo 09).

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, COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral (Archivo 06 y 07); y la AFP PROTECCIÓN S.A.: formulario de vinculación, SIAFP, HL para bono pensional, movimiento cuenta de ahorro individual, historia laboral, respuesta de derecho de petición, políticas de vinculación de persona natural, concepto SIF 2015, comunicado de prensa año gracia (Archivo 09).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de abril de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial 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 1 de abril de 2000, el demandante tenía 619 semanas (Pág. 23 contestación protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 22 de agosto de 1959 (Pág. 1 expediente administrativo) 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 Protección SA, el demandante había cotizado un total de 1.685,15 semanas, Pág. 23 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 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 la AFP PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 1 de abril de 2000, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

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

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al

RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

Ahora 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 adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PROTECCIÓN S.A. 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, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales 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, AFP PROTECCIÓN S.A. los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 3 de noviembre de 2022 por el Juzgado 1° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310500120200037301](https://expediente.11001310500120200037301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Pedro Hernán Llanos
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**001-2020-00373-01**

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: **560c6aa8425e93129eb6d274027a79f8240e7583e0cdca0c2864ab3617670b3a**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:07 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. 002-2020-00440-01

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

DEMANDANTE: **GLADYS ZAMORA CAVIEDES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES

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

La apoderada de la parte demandante y la apoderada sustituta de Colpensiones, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 20 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

GLADYS ZAMORA CAVIEDES, instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES**, la **AFP PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**; como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRIMERA: Que se **DECLARE** que existió vicio en el consentimiento de la señora **GLADYS ZAMORA CAVIEDES**, por falta de información cierta, clara

y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación con el FONDO DE PENSIONES HORIZONTE HOY SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, por medio de la cual se efectuó el traslado de régimen de pensiones en el año 1994 (94-12-06)

SEGUNDA: Que se **DECLARE** que existió vicio en el consentimiento de la señora GLADYS ZAMORA CAVIEDES, por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación o traslado de fondo con la AFP COLFONDOS S.A. una vez se fusiona Horizonte, esto es en el año 1999 (1999-06-17)

TERCERA: Que se **DECLARE** la NULIDAD del acto, solicitud o formulario que vinculó a mi representada al AFP FONDO DE PENSIONES HORIZONTE HOY SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, por medio de la cual se efectuó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida (RPMCD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), en el año 1994

CUARTA: Que se **DECLARE** la NULIDAD del acto, solicitud o formulario que vinculó a mi representada al AFP COLFONDOS, por medio de la cual se efectuó el traslado del FONDO PORVENIR.

QUINTA: Que se **DECLARE** que para efectos pensionales la señora GLADYS ZAMORA CAVIEDES, nunca dejó de estar afiliada y vinculada al Régimen de Prima media con Prestación Definida hoy administrado por COLPENSIONES.

SEXTA: Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se autorice la afiliación y traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación definida.

SEPTIMA: Se **CONDENE** a los fondos de pensiones PORVENIR Y COLFONDOS, a realizar el TRASLADO de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro de pensiones de la señora GLADYS ZAMORA CAVIEDES, con los rendimientos financieros y valor del bono de pensiones, a la Administradora colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) entidad encargada de administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

OCTAVA: Que **CONDENE** a la Administradora colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) a recibir todos los aportes, rendimientos y valor del bono de pensiones que se encuentren en los 1 fondos privados, en la cuenta individual de ahorro de pensiones de la señora GLADYS ZAMORA CAVIEDES.

NOVENA: Lo que se resulte probado ULTRA y EXTRA PETITA

DECIMA: Que se condene en costas a las demandadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de junio 29 de 2021 (Archivo 03), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, esto es,

por parte de COLPENSIONES y de la AFP PORVENIR S.A. como consta en auto de octubre 31 de 2022 (Archivo 11), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 04 y 06). Así mismo, la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, no contesto la demanda, por lo que se tuvo por contestada por parte de esta (Archivo 11).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 29 de noviembre de 2022 (Archivo 12), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la demandante **GLADYS ZAMORA CAVIEDES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** el 06 de diciembre de 1994 y consecuentemente del traslado horizontal realizado a **COLFONDOS SA PENSIONES CESANTÍAS**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, como última administradora a la que se encuentra vinculada la accionante, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **GLADYS ZAMORA CAVIEDES**, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 23 de marzo de 1987, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, A COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a (1/2) medio SMLMV, a cargo de éstas.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES**: Solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, pues afirma que la declaración de ineficacia del RPM al RAIS conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad; señaló que la demandante no puede ser exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010; precisó que la demandante tampoco se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, por lo que estos deben ser válidos y eficaces; adicionalmente, arguyó, que la actora no hizo uso en su oportunidad de los mecanismos legales que tenía para dejar sin efecto la afiliación, tales como el retracto y recesión; finalmente, frente a la condena en costas, solicita se modifique la decisión, las siguientes razones: la primera de ellas, porque Colpensiones no intervino en el traslado que hizo la demandante al RAIS, segundo, no es la causante de que hoy se declare la ineficacia del traslado, tercero, Colpensiones es un convidado por obligación dentro del proceso, y cuarto si bien es cierto Colpensiones se ha opuesto a las pretensiones es con fundamento en normas jurídicas de las cuales la entidad no puede apartarse.

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, efectuado por **GLADYS ZAMORA CAVIEDES** el día 6 de diciembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la AFP PORVENIR S.A., devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. el 6 de diciembre de 1994, con fecha de efectividad a partir del 1 de enero de 1995 (Pág. 70 a 73 – Archivo 04).

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, COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral (Archivo 08); y la AFP PORVENIR S.A.: formulario de vinculación, SIAFP, certificado de egreso, relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual, historia laboral consolidada, comunicado de prensa año gracia y concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020 (Archivo 04).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de diciembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

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

Claramente para el momento del traslado 6 de diciembre de 1994, la demandante tenía 389 semanas (Pág. 41 contestación Colpensiones), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 23 de junio de 1962 (Pág. 24 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 2020, fecha de expedición de historia laboral por Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., la demandante había cotizado un total de 1.703,14 semanas, Pág. 34 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 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 la HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy 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 al demandante, en este caso la que realizó HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 6 de diciembre de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. 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 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 grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por la *a quo*, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PORVENIR S.A. 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, 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 PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en

favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales 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, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. los

devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 29 de noviembre de 2022 por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310500220200044001](https://expediente.digijudicial.gov.co/11001310500220200044001)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gladys Zamora Caviedes
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**002-2020-00440-01**

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: **9761c1e318cf7cc5e648bac9cdac20786b8beaf4aba990ae947b75dd7b8bfd00**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 008-2021-00108-01

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

DEMANDANTE: **CARLOS ENRIQUE VILLALBA PEREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP PROTECCION S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y con tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 2 de febrero de 2023.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente **SENTENCIA:**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada sustituta de Colpensiones, presento alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 20 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CARLOS ENRIQUE VILLALBA PEREZ, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A.; como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Solicito al Despacho **DECLARAR** la Nulidad y/o ineficacia del Traslado de Régimen que realizó **CARLOS ENRIQUE VILLALBA PÉREZ**, el 01 de noviembre de 2001, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales de **CARLOS ENRIQUE VILLALBA PÉREZ**.
3. Se **ORDENE** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de Régimen aprobado el día 01 de noviembre de 2001, del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**
4. Se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a **CARLOS ENRIQUE VILLALBA PÉREZ**.
5. Que se **CONDENE** en costas del proceso a las demandadas.
6. Las Demás condenas extra y ultrapetita que se prueben a lo largo del proceso

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de julio 30 de 2021 (Archivo 03), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de marzo 31 de 2022 (Archivo 11), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 04 y 05).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 8° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 25 de octubre de 2022 (Archivo 15), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor CARLOS ENRIQUE VILLALBA PÉREZ realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 01 de NOVIEMBRE de 2001 mediante su afiliación a PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPESIONES a admitir el traslado del régimen pensional del señor CARLOS ENRIQUE VILLALBA PÉREZ.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ENRIQUE VILLALBA PÉREZ, tales como cotizaciones, bonos pensiones, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del CC, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva AFP PROTECCIÓN S.A y que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor.

QUINTO: CONDENA en **COSTAS** a la demandada AFP PROTECCIÓN a la suma de \$1.000.000.

SEXTO: como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se ordena REMITIR el expediente al Tribunal superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado Jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES:** Solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, pues considera que con el expediente administrativo allegado por Protección se encuentra acreditado que el actor fue debidamente asesorado e informado sobre las condiciones que implicaba su permanencia en ese fondo de pensiones y sus consecuencias. Solicita se tenga en cuenta la reasesoría realizada el 26 de noviembre de 2012, en el cual se le indica la mesada que recibiría en los dos regímenes, siendo mayor en el RPM y el momento hasta el cual estaba inmerso en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, siendo entonces, que el demandante acepto esta situación quedándose en el RAIS.

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, efectuado por **CARLOS ENRIQUE VILLALBA PEREZ** el día 1 de noviembre de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A., en que estuvo afiliado el demandante, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 10 de julio de 2001, con fecha de efectividad a partir del 1 de noviembre de 2001 (Pág. 34 y 45 – Archivo 05).

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, COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral (Archivo 07); y la AFP PROTECCION S.A.: formulario de vinculación, SIAFP, HL para bono pensional, movimiento cuenta de ahorro individual, historia

laboral, reasesoría, políticas de vinculación de persona natural, concepto SIF 2015, comunicado de prensa año gracia (Archivo 05).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de noviembre 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 el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial 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 1 de noviembre de 2001, el demandante tenía 216.57 semanas (Pág. 61 contestación protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 8 de diciembre de 1960 (Pág. 11 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 Protección SA, el demandante había cotizado un total de 1,154.57 semanas, Pág. 61 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 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 la AFP PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 1 de noviembre de 2001, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS.

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

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

Ahora 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 adicionara lo decidido por la *a quo*, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PROTECCIÓN S.A. 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, de las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por todos los fondos en que estuvo afiliado el demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos,

incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales 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, AFP PROTECCIÓN S.A. los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida el 25 de octubre de 2022 por el Juzgado 8° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310500820210010801](https://expediente.digijudicial.gov.co/11001310500820210010801)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Carlos Enrique Villalba Pérez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**008-2021-00108-01**

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: **dd1b53a130fd82d4782df529717b9af2143fc8e96f05149511ddb737a2969384**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 008-2021-00383-01

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

DEMANDANTE: **CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCION S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. // CONSULTA COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se personería a la abogada Paula Huertas Borda, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y con tarjeta profesional No. 369.744 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la AFP PORVENIR S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 2 de febrero de 2023.

Acto seguido se procede a dictar la correspondiente **SENTENCIA:**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la parte demandante y las apoderadas de las demandada Colpensiones y AFP Porvenir S.A., presentaron alegaciones por escrito vía correo

electrónico, según lo ordenado en auto del 20 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ, instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.; como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

Primero. Que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado por la demandante CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ del RPM al RAIS a ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A por haber omitido el cumplimiento del deber de información u la obligación de brindar una asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de dicha actuación.

Segundo. Que, como consecuencia de lo anterior, se declare la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado por la demandante CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ a la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

Tercero. Que, como consecuencia de lo anterior, se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir la afiliación de la actora CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ en el RPM sin solución de continuidad

Cuarto. Que se condene a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los saldos de la Cuenta de Ahorro Individual de la actora junto con las sumas que le puedan corresponder por conceptos de Intereses, Bono Pensional, Sumas Adicionales y Rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración

Quinto. Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez recibida por parte de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A A las sumas que por virtud de la afiliación de la actora tenía a su cargo, proceda a la corrección e imputación de los tiempos cotizados en su Historia Laboral

Sexto. Que se condene a las demandadas a lo que resulte de las facultades ultra y extra petita.

Séptimo. Que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 15 de 2021 (Archivo 03), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda y reforma de esta en tiempo, como consta en auto de agosto 25 de 2022 (Archivo 20), se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 05, 08, 09, 16, 17, 18 y 19).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 8° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 27 de octubre de 2022 (Archivo 23), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el día 15 de ENERO de 2008 mediante su afiliación a ING hoy PROTECCIÓN S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPESIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la señora CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ, tales como cotizaciones, bonos pensiones, costos cobrados por administración debidamente indexados, y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del CC, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. Precizando, frente a la demandada PROTECCIÓN S.A., que, en el evento de haber trasladado las sumas que se encontraban en la cuenta de ahorro individual en virtud de la afiliación que tuvo la demandante a protección, deberá devolver las cuotas de administración únicamente, dado que entiende el Despacho que se efectuó el despacho de todas las sumas adicionales que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante al momento que se hizo el traslado horizontal.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: CONDENA en **COSTAS** a la demandada AFP PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. a la suma de \$1.000.000.

SEXTO: como quiera que esta decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se ordena REMITIR el expediente al Tribunal superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado Jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, indicando que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ya ha indicado y reiterado que la misma que no se podrá aplicar de manera homogénea, sino bajo una similitud de condiciones prácticas, encontrando que en el presente caso, el traslado efectuado por la demandante al RAIS a través de ING hoy PROTECCIÓN S.A. es completamente válido al haberse dado de manera libre, consciente y revestido de elementos de juicio objetivos que le permitían determinar cuál régimen pensional se ajustaba a sus intereses. Así mismo manifestó, que no puede entenderse que con la firma del formulario de vinculación únicamente implique la aceptación de las condiciones del régimen frente a los beneficios sino frente a ha de ser frente a todas las que de este se desprenden. Señaló, que resulta inequitativo con el fondo pensional la condena referente a la devolución de los gastos de administración descontados de los aportes efectuados a la actora al despojarlo de sumas que fueron causadas por su correcta administración y que se generaron precisamente de su diligencia y que en que este momento deberán ser pagadas de su propio patrimonio. Finalmente peticionó que en caso de mantenerse la decisión de primera instancia sea revoca la condena relativa a la indexación de los valores a devolver ya que al ordenarse la entrega de rendimientos financieros se encuentran ya incluidos esos frutos e intereses, siendo una doble condena.

La parte demandada **COLPENSIONES:** Solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, pues considera que a la demandante no le asiste el derecho a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por voluntad propia para el año 2008, cuando de manera libre y voluntaria decide trasladarse del RPM al RAIS, teniendo en cuenta la libre escogencia que tenemos los colombianos establecida en la ley 100, requisitos que se cumplían con la firma del formulario, y toda vez que en ningún momento la accionante se sintió coaccionada para realizar el traslado. Afirmó, que no es capricho de mi representa no querer recibirla en el RPM, sino por cuanto se encuentra inmersa en la prohibición de la misma ley, ya que supero el tiempo tenía para realizar el traslado. Indicó que el conforme con lo expuesto por la Superintendencia, tanto las AFP'S como Colpensiones, deben efectuar una doble asesoría, pero que esta se da a partir del año 2016, lo cual no puede tomarse como obligación retroactiva en el presente casi, sino debe ser conforme los lineamientos que para la época así se exigían. Por último, arguyó, que, si bien se ordena devolver todos los valores de la cuenta individual de la demandante, estos dineros no compensan y se afecta la estabilidad financiera del sistema, que permite prever un ahorro para poder cubrir las pensiones de las personas que ya se encuentran afiliadas en este régimen.

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 ING PENSIONES Y CENSATÍAS hoy la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuado por **CLARA ISABEL CAMPOS GUTIERREZ** el día 15 de enero de 2008; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la AFP PROTECCIÓN S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de enero de 2008 (Pág. 24 – Archivo 08), luego el 10 de noviembre de 2008 se trasladó a HORIZONTE (Pág. 54 – Archivo 09); y el 1 de enero de 2014 se trasladó a PORVENIR S.A. (Pág. 54 – Archivo 09).

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, COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral (Archivo 06); la AFP PORVENIR S.A.: SIAFP, HL para bono pensional, HL consolidada, certificado de afiliación, respuesta derecho de petición del 19 de mayo de 2021, formulario de afiliación, comunicado de prensa y concepto de la Superintendencia Financiera (Archivo 08); y la AFP PROTECCIÓN S.A.: certificado de afiliación, SIAFP, HL para bono pensional, movimiento cuenta de ahorro individual, comunicado de prensa año gracia (Archivo 09).

Es decir, que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de enero de 2008, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 15 de enero de 2008, la demandante tenía 211.2 semanas (Pág. 29 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 3 de febrero de 1961 (Pág. 2 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 Provenir SA, la demandante había cotizado un total de 872 semanas, Pág. 28 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 la AFP PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la

primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 15 de enero de 2008, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. 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 adicionara lo decidido por la *a quo*, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por PORVENIR S.A. 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, 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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **ADICIONARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, se devolverán los rendimientos financieros y los bonos pensionales 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, AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. los devolverá a COLPENSIONES debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., y a favor del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio salario mínimo legal vigente. No hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones por cuanto nada tuvo que ver en la consolidación del negocio jurídico de la afiliación de la demandante al RAIS, que fue objeto de declaratoria de ineficacia, y su concurrencia al proceso lo fue por ministerio legal por ser parte del régimen de seguridad social en pensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION S.A. devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A., debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo vinculado a dichos fondos.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de AFP PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Fíjense 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310500820210038301](https://expediente.digijudicial.gov.co/11001310500820210038301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Clara Isabel Campos Gutiérrez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**008-2021-00383-01**

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: **e3292a33cf549bfce00bcd1394ebee24e28e1ebf42cb86f4962281e579752a2a**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:08 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 9-2020-00326-01

Bogotá D.C., junio 29 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **JAIRO RINCON RODRIGUEZ**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**

AFP PORVENIR SA

ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el día 22 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas Colpensiones y Porvenir SA, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de octubre 25 de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

JAIRO RINCON RODRIGUEZ instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, y la AFP PORVENIR como aparece en expediente digitalizado,

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

Que se declare ineficaz la afiliación realizada por el demandante en el 1º 2003 a través de AFP "Porvenir SA, por inexistencia del formulario de afiliación. Declarar inexistente el traslado retrotrayendo los efectos jurídicos por multifiliación en pensiones, y se corrija la historia laboral. Se reconozca pensión de vejez conforme a la ley 797 de 2003 a partir del 6 de junio de 2019, junto con el retroactivo y los intereses moratorios. Que se condene ultra y extra petita, y a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de diciembre 19 de 2020, fue notificada a las demandadas quienes contestaron las demandas en tiempo, como consta en autos de mayo 6 de 2022 y julio 21 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 2º Laboral Transitorio del circuito de Bogotá** en sentencia de agosto 22 de 2022 resolvió: 1- Asignar de manera definitiva a **JAIRO RINCON RODRIGUEZ la afiliación** a COLPENSIONES en cumplimiento del decreto 3995 de 2008, por haber tenido una intensidad de mayor número de cotizaciones entre el 1 de julio y el 31 de diciembre del año 2007. 2- Ordenar a Colpensiones la corrección de la historia laboral del demandante dentro de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia, y proceda dentro de los cuatro meses siguientes a reconocer y pagar la pensión de vejez de que trata el artículo 93 de la ley 100/93 modificada por la ley 797 de 2003, a favor de JAIRO RINCON RODRIGUEZ, a partir de la fecha en que efectuó el retiro definitivo del sistema, a partir de 1 de noviembre del año 2020, por 13 mesadas al año, más los incrementos de ley anuales, y con las directrices aquí indicadas, en cuanto a la forma de liquidación, al tenor de lo establecido en los artículos 33 y 34 de la ley 100/93, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. El retroactivo debe ser girado en forma indexada al momento de su pago, y del mismo se autoriza a Colpensiones para descontar los aportes a salud. 3- Condenar en costas a Porvenir en favor de Colpensiones, y a Colpensiones en favor del demandante. 4- Absolver a las demandadas de las demás pretensiones. 5- Declarar no probados los medios

exceptivos propuestos por las demandadas. 6-De no se apelada consúltese en favor de Colpensiones. Previa aclaración de la sentencia en cuanto al nombre del actor, se concede el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por no haber sido apelada la decisión.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar: **1-** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR SA, efectuado por **JAIRO RINCON RODRIGUEZ** el día 24 de abril de 2003 por múltiple vinculación conforme lo normado en el decreto 3995 de 2008. **2-** Si tiene derecho a que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez conforme a la ley 797 de 2003.

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 apareció trasladado el 24 de abril de 2003 al RAIS administrado por Porvenir SA, sin que se hubiere demostrado la suscripción del formulario de afiliación por el afiliado, razón por la cual AFP Porvenir SA anulo la afiliación, permaneciendo el afiliado en el RPM (f.8,10 y 12 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.
- 11-**Para casos como el presente el decreto 3995 de 1998 estableció en el inciso tercero del artículo 5° que en aquellos casos en que por una persona se hayan realizado cotizaciones sin que medie una afiliación al sistema, se entenderá vinculado el trabajador a la administradora donde realizó el mayor número de cotizaciones entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2007. En caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. No obstante, la misma normatividad estableció en el párrafo del artículo 1° que se excluían de la aplicación del decreto las personas cuya situación de múltiple vinculación haya sido decidida conforme a las normas vigentes, antes de la entrada en vigencia del citado decreto.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** Expediente administrativo. **AFP PORVENIR SA** aportó: SIAFP, formulario de abril 24 de 2003, respuesta a petición es de agosto 1 y 3 de 2006, certificado de aportes devueltos al ISS.

Es decir que los fondos demandados allegan prueba suficiente que puede establecer claramente, en primer lugar que el demandante se encuentra actualmente válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones, y que, si bien hubo una afiliación al RAIS el 24 de abril de 2003 por medio de AFP Porvenir SA, la misma fue anulada por no corresponder la firma al afiliado. (folio 46 contestación Colpensiones, y folios 10 y 12 contestación Porvenir).

En este orden, se hace preciso destacar que en el presente caso no es aplicable la línea jurisprudencial ya relacionada, pues se puede establecer con meridiana claridad que el demandante si bien fue afectado por una presunta afiliación, de la cual no existe denuncia penal, ni informe grafológico, por una posible falsificación de firma, lo que sí se puede colegir, es que la AFP Porvenir SA anuló la afiliación irregular que se hizo al demandante, y reembolso a Colpensiones los aportes que se hicieron al fondo privado, continuando el demandante afiliado al RPM, sin solución continuidad como está demostrado en el proceso, sin que Colpensiones hubiere tenido reparo alguno desde el 1 de agosto de 2006, fecha en que la AFP Porvenir comunicó la nulidad de la afiliación, y traslado los aportes correspondientes que figuran en la historia laboral del actor.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata,

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso, en el cual el fondo privado dejó sin efectos o anulo la indebida afiliación del actor, correspondiéndole a dichos fondos, si efectivamente se había cometido algún delito, proceder a iniciar las acciones penales pertinentes, sobre las cuales no puede exigírsele cargas procesales al afiliado afectado.

Sobre asuntos similares al acá debatido, la Corte Constitucional se ha pronunciado, especialmente en tutela T-376 de 2018 así:

***“Defecto fáctico.** Al interior del proceso ordinario laboral promovido por el accionante se propuso que la negativa de sus solicitudes de pensión de vejez han tenido origen en la valoración de un documento del cual se plantearon reparos no solo respecto de la autenticidad de la rúbrica que en él consta sino en cuanto a su contenido, pues se afirmó que tenía espacios en blanco y datos erróneos, por ejemplo, que se diligenció la casilla correspondiente a que se trataba de una afiliación inicial cuando se trataba de un traslado.*

Durante el trámite se intentó establecer si lo afirmado por el actor correspondía a la verdad; sin embargo, no fue posible obtener una experticia técnica que ofreciera una respuesta al respecto. Esa imposibilidad se debió no solo a que la institución ante la cual fue solicitado el estudio se negó a practicar un examen al menos preliminar sobre la copia suministrada por Protección S.A., sino porque esta entidad no allegó al trámite el documento original, según la administradora por las múltiples fusiones que se han presentado, entre ellas la Sociedad Administradora Davivir a Colmena, de esta a Santander y por último ING, así como por causas externas y desconocidas, dado que los expedientes administrativos estaban bajo el cuidado, custodia y guarda de un tercero con quien las anteriores administradoras tenían contratado dicho servicio.

Como se dijo, a pesar de la información ofrecida por la administradora, la cual daba cuenta de que los deberes de custodia y salvaguarda de los documentos concernientes al status pensional de sus afiliados fueron cumplidos deficitariamente, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá envió oficios requiriendo al Instituto de Medicina Legal para realizar la respectiva experticia el 27 de octubre de 2016, 9 de febrero y 27 de abril de 2017, los cuales no tuvieron éxito, según los oficios de respuesta enviados por el Instituto de Medicina Legal del 15 de noviembre de 2016, del 13 de febrero de 2017.

Esos vacíos demostrativos fueron subsanados por los despachos accionados presumiendo la autenticidad de un documento y soslayando que era la administradora del fondo de pensiones la entidad encargada de demostrar que la afiliación del señor Mendoza Ochoa reunía todos los requisitos para ser considerada un acto válido y generador de un estatus pensional voluntario, dados los mandatos constitucionales, como los derechos al habeas data, a la igualdad y protección al trabajador, así como las disposiciones legales en materia

de suministro de información sobre las implicaciones de la escogencia de un determinado régimen de pensiones y respecto de la recolección y custodia de los datos de la situación pensional de los afiliados.

En este punto vale la pena recordar que la Ley 962 de 2005^[85] en el artículo 24 estableció la presunción de validez de las firmas de particulares impuestas en documentos privados, que deban obrar en trámites ante autoridades públicas no requerirán de autenticación. Dicha presunción fue exceptuada en cuatro eventos (i) si la persona de la cual se dice pertenece la firma, la tacha de falsa; (ii) si mediante métodos tecnológicos debidamente probados se determina la falsedad de la misma; (iii) los documentos que implican transacción, desistimiento y, en general, disposición de derechos; y (iv) los documentos relacionados con el sistema de seguridad social integral y los del magisterio.

Esta misma normativa^[86] también dispuso que los ciudadanos tienen derecho, frente a sus relaciones con la administración pública a “obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a las peticiones, actuaciones, solicitudes o quejas que se propongan realizar, así como a llevarlas a cabo.”

Estos derroteros tampoco fueron tenidos en cuenta por los jueces accionados a pesar de ser determinantes a la hora de resolver cualquier tensión frente a la autenticidad de los documentos tachados de falsos que además son relativos al sistema de seguridad social y suponen disposición de derechos, en este caso de prestación, así como frente a la incertidumbre acerca del cumplimiento de los deberes de custodia e información por parte de las administradoras, tanto al efectuar la afiliación como a la hora de responder por la carga prestacional.

39. Asimismo, la Constitución Política^[87] y la legislación ordinaria establecen deberes de suministro y corrección de información los cuales no fueron cabalmente satisfechos en este caso, ya que ante las reiteradas solicitudes de verificación de la legitimidad de la rúbrica del actor, este solo obtuvo respuestas evasivas, en tanto se limitaron a expresarle su condición de afiliado a un determinado sistema soslayando el debate propuesto por el actor sobre la real ocurrencia de su traslado y pretermitiendo el derecho al habeas data, estrechamente vinculado en estos casos al derecho a la información.

Debe precisarse que el derecho de los afiliados a acceder a una información integral acerca de su situación pensional tiene lugar a la hora de tomar decisiones trascendentales respecto de sus condiciones pensionales en aras de que sus determinaciones estén precedidas de la indiscutible consciencia acerca de sus implicaciones, verbi gracia, los requisitos para acceder a la pensión y la eventual pérdida del régimen de transición. Asimismo, este derecho a ser cabalmente informados persiste hasta el momento en el cual se actualice el derecho pensional y surjan discrepancias que lo hagan nugatorio.

En este caso se advierte que durante el trámite ordinario la entidad reconoció que no tenía en sus archivos el documento original de afiliación, lo cual en lugar de generar una presunción a favor del ciudadano que propuso la falsedad de un documento determinante en el sistema general de seguridad social en pensiones, de conformidad con los derechos a la igualdad y la protección especial del trabajador, fue suplido por las autoridades judiciales con otra información que en manera alguna tenía la vocación suficiente para definir, de manera contundente, que en efecto el actor reconocía el cambio en su afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, así como su consentimiento al respecto.

En el trámite de la revisión se intentó agotar la experticia técnica; sin embargo, tampoco se obtuvieron resultados ciertos, toda vez que el Instituto de Medicina Legal anotó que era imprescindible contar con el documento original para ofrecer un dictamen definitivo, es decir, se mantuvieron los resultados ofrecidos durante el proceso ordinario laboral.

Asimismo, se trató de establecer cuál era el procedimiento de las afiliaciones y cuál el previsto en caso de hallarse inconsistencias en los formularios respectivos; sin embargo, las entidades accionadas no ofrecieron información precisa, como tampoco allegaron algún documento que diera cuenta del conocimiento expreso del actor acerca de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Ahora bien, la Sala considera que la información allegada por Colpensiones no es precisa dado que indicó que el comité de vinculación se agotaba en casos individuales y no masivos, señalando que el caso del accionante estaba incluido en el segundo grupo, esto es, en el proceso masivo a lo cual agregó que la multivinculación presentada se había definido “al Fondo de Ahorro Individual (AFP) PROTECCIÓN”.

Esta información además de no ofrecer datos claros no coincide con las consideraciones realizadas en la Resolución n.º 26008 del 26 de julio de 2012 en la cual se dijo que: “una vez estudiados los documentos obrantes dentro del expediente, se pudo constatar que el asegurado aparecía como solicitante de Bono Tipo A, es decir aparece multivinculado, al haber efectuado un traslado a un Fondo Privado de Pensiones estando afiliado a este Instituto, por tal motivo se solicitó a la Dependencia competente esta es la Coordinación de Devolución de Aportes del ISS, se aclarará (sic) la situación de múltiple vinculación del afiliado definiendo si era a este Instituto o a la AFP a la cual efectuó el traslado a quien le correspondía resolver la prestación, así las cosas la consulta fue absuelta me (sic) donde se encontró que la entidad encargada de tramitar y decidir la prestación del asegurado es el Instituto de Seguro Social”.

La anterior información, aunada al silencio de Protección S.A. Pensiones y Cesantías no permite una conclusión diferente a que el caso del señor Mendoza Ochoa no fue tratado con la diligencia debida, dejando el expediente sin constancias contundentes que expliquen lo realmente ocurrido con su situación pensional.

Por otro lado, la existencia de un único extracto del fondo de pensiones entregado al accionante no implica necesariamente que en efecto este aceptaba el contenido de un documento respecto del cual ha afirmado que no refleja su voluntad. Asimismo, se afirmó por las entidades demandadas y por los despachos accionados que la solicitud de traslado también complementaba los indicios sobre la información y el consentimiento del accionante, presunciones que tampoco responden a una comprensión adecuada del contexto que ha definido el traslado entre regímenes, el cual, como se anotó, ha demostrado que en numerosos casos los afiliados no comprendían adecuadamente las implicaciones de la elección de uno u otro sistema pensional, ni de los traslados, al punto que dicha confusión administrativa e interpretativa ha dado lugar a la expedición de normas que regulen dichos traslados y de sentencias de este Tribunal y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dirigidas a ofrecer parámetros de interpretación y solución de casos dudosos.

En ese orden, la Sala, contrario a lo deducido en el proceso ordinario laboral, entiende que la valoración de la prueba aportada por el actor y por las entidades accionadas debía efectuarse a partir de las reglas de información, manejo, guarda y custodia de los documentos que debían observar las entidades involucradas en el trámite, así como de las reglas sobre la autenticidad de los documentos concernientes al sistema general de seguridad social, sin trasladar la carga de demostrar la legitimidad y eficacia de una presunta afiliación al ciudadano que no cuenta con los medios suficientes para lograr la acreditación de sus afirmaciones o negaciones, y además representa a la parte más débil en relaciones como la analizada.

40. Ahora bien, es necesario mencionar que la juez de primera instancia consideró configurada una multifiliación, concluyendo a partir de las consideraciones realizadas en su momento por el ISS, que la misma se resolvió a cargo de esta entidad, razón por la cual declaró sin efectos la vinculación a la administradora del fondo de pensiones.

Esas consideraciones, aunque no se ajustan a los derroteros probatorios señalados, en tanto no reflejan un análisis sistemático de las normas legales y superiores comprometidas en un caso de las características estudiadas, sí tenían soporte demostrativo, pues el reporte de semanas cotizadas muestra que varios períodos entre el 7 de abril de 2000 y el 10 de diciembre de 2001 se registraron pagos aplicados al período declarado (régimen de prima media con prestación definida) y pagos recibidos del régimen de ahorro individual). En ese orden, aunque la juez de primer grado no incluyó consideraciones expresas en ese sentido, sí llegó a una conclusión que tenía sustento en el documento que tenía a la vista.

El Tribunal accionado desvirtuó esas afirmaciones bajo la idea de que no se había presentado una multivinculación; no obstante, esa conclusión la sustentó en el hecho de que el retorno al régimen de prima media con prestación definida tuvo lugar por la orden de un juez de tutela y no por la existencia de un conflicto de multivinculación.

Esas consideraciones no solo desconocieron las directrices mencionadas para resolver la tensión propuesta sobre el real traslado de régimen, sino que también demuestran que desechó la historia laboral en la cual se apreciaban aportes simultáneos.

A pesar de esas particularidades probatorias, para la Sala el examen de las pruebas debía conducir a desacreditar la vinculación del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad no en virtud de la cantidad de aportes a este régimen o porque una de las entidades hubiera asumido la responsabilidad en el asunto, sino porque no existía prueba contundente acerca de que dicho cambio de régimen hubiera operado. Ahora bien, aceptando en gracia de discusión que sí hubiera existido una afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, también debió constatarse que la misma estuviera precedida del consentimiento informado, libre y voluntario del accionante.”

De igual manera, en el caso presente Colpensiones a pesar de haber recibido tanto los aportes del demandante, como la nulidad del traslado reconocido por parte de la AFP Porvenir mediante comunicación de agosto 1 de 2006 la cual le informaba, que una vez verificado que la firma del formulario de afiliación del actor no correspondía a el mismo, y que por tanto anulaba la afiliación efectuada el 24 de abril de 2003, y giraría los aportes que estaban en su poder, asumiéndose al proceso de no vinculados a partir de agosto de 2006. Por su parte Colpensiones, no solo recibió los aportes (folio 8 demanda); sino que mantuvo al afiliado en el RPM, sin preocuparse de efectuar las correcciones pertinentes en su historia laboral, a instancias de mantenerlo como su afiliado, y solo cuando el actor esta ad portas de llegar a su edad pensional, solicita la corrección de su historia laboral, es que Colpensiones niega los derechos que le correspondían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, aduciendo mediante oficio de octubre 18 de 2019 (folio 17 demanda) que no podía reactivar la afiliación porque para poder anular la afiliación de Porvenir, debía contar con la anuencia de Colpensiones, al no existir la denuncia por falsedad, ni la decisión de la fiscalía, una vez efectuada una valoración grafológica y declaración de falsedad, aduciendo el decreto 1161 de 1994; situación totalmente desacertada, porque al trabajador afiliado, no pueden endilgársele cargas probatorias que no le corresponden, al estar válidamente afiliado al RPM, por anulación del traslado desde el año 2006 efectuado por AFP Porvenir, sin que Colpensiones hubiese rechazado dicha nulidad, y por el contrario lo mantuvo afiliado continuando con la recepción de los aportes pensionales posteriores.

Por lo anterior, y en virtud de la presente decisión, Colpensiones deberá conforme lo determinó la a quo, corregir la historia laboral, y reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos de la ley 797 de 2003.

Para el caso que nos ocupa, el demandante nació el 6 de junio de 1957, por tanto, arribo a la edad de 62 años que lo habilitaban para obtener su derecho pensional el mismo día y mes del año 2019, lo que le permite acceder a la pensión de vejez en los términos de la ley 797 de 2003, pues para la fecha de presentación de la demanda tenía consolidadas más de 1.368 semanas.

De igual forma, se debe tener en cuenta que está probada la novedad de retiro del demandante desde el 1 de noviembre de 2020, por tanto así se dispondrá por Colpensiones la condición para su disfrute; y además, para calcular la cuantía de la primera mesada debe contabilizarse hasta la última semana aportada al sistema, deberá calcular el IBL con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, y tomar el que resulte más benéfico, al que se le deberá aplicar la formula establecida en la ley 100/93, artículo 34, para la tasa de reemplazo.

Se debe tener en cuenta que, como el derecho pensional se causó 1 de noviembre de 2020, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y el Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005.

Bajo las anteriores consideraciones, se MODIFICARÁ el ordinal primero de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido que el traslado efectuado por el demandante a la AFP Porvenir SA el 24 de abril de 2003, fue dejado sin efectos por el fondo privado, conforme a la normatividad vigente para esa época agosto 1 de 2006, y por tanto siempre estuvo afiliado al RPM, sin solución de continuidad, y se confirmara en lo demás el fallo consultado.

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: MODIFICAR el numeral primero de la Sentencia proferida el 22 de agosto de 2022, por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en el sentido que el traslado efectuado por el demandante a la AFP Porvenir SA el 24 de abril de 2003, fue dejado sin efectos por el fondo privado, conforme a la normatividad vigente para esa época, agosto 1 de 2006, y por tanto siempre estuvo afiliado al RPM, sin

solución de continuidad, y se confirmara en lo demás el fallo consultado.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

MILLER ESQUIVEL GAITAN
(EN USO DE PERMISO)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 014-2020-00436-01

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

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR GUTIÉRREZ FRANCO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y COLFONDOS
PENSIONES Y CESANTIAS S.A.
ASUNTO: APELACIÓN: COLPENSIONES // CONSULTA
COLPENSIONES

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se personería a la abogada Martha Cecilia Rendón Gutiérrez, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.735.592 y con tarjeta profesional No. 240.138 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 1 de febrero de 2023; así mismo, se reconoce personería a la abogada Nedy Johana Dallos Pico, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.135.990 de Bogotá y con tarjeta profesional No. 373.640 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la AFP Porvenir S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 2 de febrero de 2023.

Igualmente, se acepta la renuncia del poder presentada por el abogado Miguel Ángel Ramírez Gaitán, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y con tarjeta profesional No. 86.117 del Consejo Superior de la Judicatura quien actuaba como apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme con la documental allegada mediante correo electrónico el día 17 de mayo de 2023.

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, de la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de septiembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

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

ANTECEDENTES

MARÍA DEL PILAR GUTIÉRREZ FRANCO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRIMERA: Declarar Señor Juez que, es INEFICAZ la afiliación efectuada el día Treinta (30) de Septiembre de Mil Novecientos Noventa y Nueve (1999) por mi mandante MARIA DEL PILAR GUTIERREZ FRANCO a PORVENIR S.A., al existir un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias, debido a que mi mandante se le ocultó información importante sobre los riesgos que debía asumir al suscribir dicho contrato, fue entonces engañada y la información otorgada por la AFP no fue completa, veraz, necesaria y transparente sobre las implicaciones de la aceptación del traslado y continuación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y especialmente las proyecciones reales donde el valor de su mesada pensional podría ser significativamente inferior o nula, a la que recibiría en el extinto ISS, hoy COLPENSIONES.

SEGUNDA: Declarar Señor Juez que, es INEFICAZ la afiliación efectuada el día Quince (15) de junio de dos mil (2000) por mi mandante MARIA DEL PILAR GUTIERREZ FRANCO a COLFONDOS, - traslado de AFP- al existir un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias, debido a que a mi mandante se le ocultó información importante sobre los riesgos que debía asumir al suscribir dicho contrato, fue entonces engañada y la información otorgada por la AFP no fue completa, veraz, necesaria y transparente sobre las implicaciones de la **continuación** en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y especialmente las proyecciones reales donde el valor de su mesada pensional podría ser significativamente inferior o nula, a la que recibiría en el extinto ISS, hoy COLPENSIONES.

TERCERA: Como consecuencia de la declaración anterior, se ORDENE a PORVENIR S.A. adelantar los trámites correspondientes para el TRASLADO de Régimen Pensional, con la TOTALIDAD de los APORTES y RENDIMIENTOS, sin descontar gastos de administración de mi mandante MARIA DEL PILAR GUTIERREZ FRANCO con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTA: Se ORDENE a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – ACEPTAR el traslado del Régimen Pensional y recibir los aportes provenientes de PORVENIR S.A., y que se encuentran depositados en la Cuenta de Ahorro Individual a nombre de mi mandante MARIA DEL PILAR GUTIERREZ FRANCO, con sus respectivos RENDIMIENTOS, sin descuento por gastos de administración.

QUINTA: CONDENESE a todo aquello que resulte probado en aplicación de los principios Ultra y Extra Petita.

SEXTA: Condenar en el pago de las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 31 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de marzo 22 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 14° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 26 de septiembre de 2022 (Archivo 37 y 38), en el siguiente sentido:

“PRIMERO. – DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante Señora **MARÍA DEL PILAR GUTIÉRREZ FRANCO**, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO. – ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, obligación que también recae en la A.F.P. PORVENIR S.A.

TERCERO. – ORDENAR A COLPENSIONES, a registrar en la Historia Laboral de la demandante los aportes que realizó en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

CUARTO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO. – CONDENAR EN COSTAS de la acción a los fondos privados demandados y a Colpensiones. Tásense.”

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones. Pues el fallo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, siendo Colpensiones un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante y Porvenir. Solicita al Tribunal que no se ordene a Colpensiones recibir a la demandante en el RPM, pues esta decisión causaría daño al equilibrio financiero, y afecta la reserva pensional al recibir a una persona que no ha cotizado a Colpensiones durante muchos años. Siendo Colpensiones un tercero se vería afectado gravemente su equilibrio financiero. Se viola también la prohibición de la Ley 797 de 2003 al faltarle a la demandante menos de diez años para llegar a la edad pensional. En caso de confirmarse el fallo, ruega al Tribunal ordenar a la demandada Porvenir resarcir los perjuicios económicos, y conceda a Colpensiones en virtud de la teoría del daño, pues el que lo produce es quien está obligado a resarcirlo.

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 **MARÍA DEL PILAR GUTIÉRREZ FRANCO** el día 30 de septiembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la AFP PORVENIR S.A., 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 PORVENIR S.A. el 30 de

septiembre de 1999, luego el 15 de junio de 2000 se trasladó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A (Pág. 26 y 28 – Archivo 14).

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 aportaron, COLPENSIONES: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA: SIAFP, formulario de afiliación a Porvenir, certificado de afiliación, historia laboral, relación histórica de movimientos, concepto de viabilidad en 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 30 de septiembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 30 de septiembre de 1999, la demandante tenía 265.29 semanas por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 4 de diciembre de 1967 – Pág. 3 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2019 fecha de expedición de historia laboral por Colfondos S.A.), la demandante había cotizado 1.207,86 semanas, (Pág. 22 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 SA el 30 de septiembre de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. 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 petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, no se accederá a ordenar perjuicios en su favor, pues estos pedimentos no fueron objeto del debate acá resuelto. Pero si se modificara lo decidido por el a quo en cuanto a los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues 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, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022 por el Juzgado 14° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., junto con la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de **MARÍA DEL PILAR GUTIÉRREZ FRANCO**, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, al igual que la AFP PORVENIR SA, durante lapso que estuvo afiliada a dichos fondos, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310501420200043601](https://expediente.11001310501420200043601)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María del Pilar Gutiérrez Franco
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**014-2020-00436-01**

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: **4c35fc9464fd4f5bf62dc4ad3db57b9a1374f262c067cc12ce839dc7d1e54798**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 014-2021-00578-01

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

DEMANDANTE: AYDA LUZ LEAL

**DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR
S.A.**

**ASUNTO: APELACIÓN: COLPENSIONES // CONSULTA
COLPENSIONES**

Previo a proferir el fallo de segundo grado, se personería al abogado Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.985.203 y con tarjeta profesional No. 115.849 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la AFP Porvenir S.A., para todos los efectos del poder allegado mediante correo electrónico el 1 de febrero de 2023.

Igualmente, se acepta la renuncia del poder presentada por el abogado Miguel Ángel Ramírez Gaitán, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y con tarjeta profesional No. 86.117 del Consejo Superior de la Judicatura quien actuaba como apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, conforme con la documental allegada mediante correo electrónico el día 17 de mayo de 2023.

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, de la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 20 de enero de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

AYDA LUZ LEAL instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR SA y AFP PROTECCIÓN S.A. como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES PRINCIPALES

1. Declarar la nulidad del traslado de la señora AYDA LUZ LEAL del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con fecha de efectividad 11 de abril de 1995; ante la omisión de éste fondo del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.
2. Declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos, del traslado de la demandante AYDA LUZ LEAL realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en cabeza de FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con fecha de efectividad 11 de abril de 1995 y posteriormente a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. el 1 de julio del año 2000, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, por parte de la demandante, al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado.
3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a restituir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la señora AYDA LUZ LEAL, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado.
4. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir como afiliada a la señora AYDA LUZ LEAL, así como a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

5. Condenar a las demandadas al pago de todo concepto que se pruebe en el proceso ultra y extra petita.

6. Se condene a las demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

En el caso de no prosperar la pretensión primera principal, se invoca la siguiente pretensión como subsidiaria:

1. Declarar que el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y posteriormente a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. son responsables del traslado de la demandante AYDA LUZ LEAL realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión de estos fondos del deber de informar a la demandante, con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los riesgos, beneficios y desventajas.

2. Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene de manera solidaria a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a indemnizar los perjuicios ocasionados por su actuar culposos a la señora AYDA LUZ LEAL y a pagar los dineros que dejara de recibir por el cambio del régimen pensional como concepto de LUCRO CESANTE, por no seguir afiliada al régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Inicialmente el asunto fue conocido y tramitado ante el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Armenia – Quindío. Admitida la demanda mediante auto de junio 2 de 2021 (Archivo 09), fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 22 de 2021 (Archivo 30); se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

Mediante auto de enero 19 de 2022, el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá, AVOCA CONOCIMIENTO del asunto (Archivo 49).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 14° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 25 de noviembre de 2022 (Archivo 60 y 61), en el siguiente sentido:

“**PRIMERO. – DECLARAR** la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante Señora **AYDA LUZ LEAL**, del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO. – ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, obligación que también recae en la A.F.P. PORVENIR S.A.

TERCERO. – ABSTENERSE de pronunciamiento de las excepciones subsidiarias, dada la prosperidad de la pretensión principal.

CUARTO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO. – CONDENAR EN COSTAS de la acción a los fondos demandados. Tásense.”

RECURSO DE APELACIÓN

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones. Pues el fallo no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, siendo Colpensiones un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la demandante, Porvenir y Protección. Solicita al Tribunal que no se ordene a Colpensiones recibir a la demandante en el RPM, pues esta decisión causaría daño al equilibrio financiero, y afecta la reserva pensional al recibir a una persona que no ha cotizado a Colpensiones durante muchos años. Siendo Colpensiones un tercero que se vería afectado gravemente su equilibrio financiero. Se viola también la prohibición de la Ley 797 de 2003 al faltarle a la demandante menos de diez años para llegar a la edad pensional. En caso de confirmarse el fallo, ruega al Tribunal ordenar a la demandada Porvenir resarcir los perjuicios económicos, y conceda a Colpensiones en virtud de la teoría del daño, pues el que lo produce es quien está obligado a resarcirlo.

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 **AYDA LUZ LEAL** el día 1 de noviembre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PROTECCIÓN S.A., último fondo en que estuvo afiliada la demandante, al igual que la AFP PORVENIR S.A., 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 PORVENIR S.A. el 1 de noviembre de 1995, luego el 31 de mayo de 2000 se trasladó a ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PROTECCIÓN S.A. (Pág. 85 – Archivo 20).

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

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

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

sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima,

llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron, COLPENSIONES: Expediente administrativo, e historia laboral; AFP PORVENIR SA: SIAFP, formulario de afiliación a Porvenir, certificado de afiliación, historia laboral y relación histórica de movimientos; y la AFP PROTECCIÓN S.A.:

formulario de vinculación, SIAF, historia bono pensional, historia laboral, publicación año de gracias y concepto de la Superintendencia Financiera.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de noviembre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 1 de noviembre de 1995, la demandante tenía 327.57 semanas por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 29 de abril de 1959 – Pág. 40 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2021 fecha de expedición de historia laboral por Protección), la demandante había cotizado 1.659.29 semanas, (Pág. 32 contestación Protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio

que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP 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 SA el 1 de noviembre de 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que la ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PROTECCIÓN S.A. 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 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, atendiendo la inconformidad en la apelación y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, no se accederá a ordenar perjuicios en su favor, pues estos pedimentos no fueron objeto del debate acá resuelto. Pero si se modificara lo decidido por el a quo en cuanto a los gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues 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, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

COSTAS:

Sin Costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: **MODIFICAR** la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado 14° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que la AFP PROTECCIÓN S.A, junto con la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual de **AYDA LUZ LEAL**, devolverá los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá debidamente indexados, al igual que la AFP PORVENIR SA, durante

lapso que estuvo afiliada a dichos fondos, y con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310501420210057801](https://expediente.digita.gov.co/11001310501420210057801)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ayda Luz Leal
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**014-2021-00578-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, 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: **5b8d38e1fa74ebc638009c07e14c5bf42e3955d71e235de7e370ba504f3732b2**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:09 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



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

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 020-2021-00514-01

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

DEMANDANTE: **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
COLPENSIONES // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en su favor en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de octubre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada LINA MARIA CORDERO ENRIQUEZ, identificada con C.C. No. 1.098.200.506 y T.P. No. 299.956 del CSJ, conforme a sustitución allegada al plenario.

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

ANTECEDENTES

AURA JANNETH ESPINOSA GOYES instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR como aparece en expediente digitalizado,

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

DECLARATIVAS:

PRIMERO: Declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación en pensiones de la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES**, con **PORVENIR SA**, por cuanto la misma contenía vicios del consentimiento.

SEGUNDO: Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación de la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES**, con **PORVENIR SA**, por estar viciada y quedará, por tanto, sin valor ni efecto el traslado realizado

TERCERO: Declarar que como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación con **PORVENIR**, de la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES**, deberán trasladarse todos los aportes, junto con sus rendimientos que actualmente tiene **PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**, a **COLPENSIONES** por cuanto la afiliación al régimen de prima media queda nuevamente vigente.

CONDENATORIAS:

PRIMERA: Ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a **TRASLADAR** todos los aportes efectuados por la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES** junto con todos sus rendimientos a **COLPENSIONES**.

SEGUNDA: **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** enviar a **COLPENSIONES** todos los detalles del traslado de aportes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación.

TERCERA: **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a **ACTIVAR** la afiliación de la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES** en el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTA: **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, como consecuencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a **ACEPTAR Y RECIBIR** el traslado de los aportes de la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES**

QUINTA: **CONDENAR** a **PORVENIR S.A** y **COLPENSIONES** a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

SEXTA: **CONDENAR** a **PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a todo lo que resulte a favor de la demandante con motivo de las declaraciones extra y ultra petita que resulten probadas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 01 de 2022 a Colpensiones y Porvenir SA (Archivo 07); se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito (Archivo 04 y 05).

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20° Laboral del circuito de Bogotá**, profirió sentencia el día 28 de octubre de 2022 (Archivo 11), en el siguiente sentido:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora AURA JANNETH ESPINOSA GOYES a la AFP PORVENIR el 01 DE OCTUBRE DE 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante AURA JANNETH ESPINOSA GOYES para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A a DEVOLVER los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones del afiliado AURA JANNETH ESPINOSA GOYES, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas las pretensiones. Pues la demandante está inmersa en la prohibición consagrada en la ley 797 de 2003. Aseguró que la parte actora no demostró la existencia de algún vicio de consentimiento de los consagrados en el artículo 1740 del C.C. y conforme al artículo 167 del C.G.P., incumbía a la parte

solicitante probar los supuestos facticos en que formulan sus alegaciones, sin que su mera afirmación sea suficiente para trasladar a la administradora la carga probatoria de desvirtuarlos. Finalmente, indicó que debe tenerse en cuenta el criterio establecido por la Corte Constitucional en sentencias SU062 del 2010 y SU130 de 2013, respecto a que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría.

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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PORVENIR S.A., efectuado por **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES** el día 9 de junio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR SA 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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PORVENIR S.A. el 6 de junio de 1994 (Pág. 75 contestación Porvenir SA).

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; y la AFP PORVENIR SA: formulario de afiliación a Horizonte, certificado de egresado, historia laboral bono pensional, historia laboral consolidada, reporte de movimientos, SIAFP, consulta Asofondos, respuesta de derecho de petición, concepto SIF 2019, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 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, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 9 de junio de 1994, la demandante tenía 173.71 semanas (Pág. 41 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 25 de julio de 1965 pág. 41 contestación Colpensiones) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la densidad de semanas requeridas y la edad (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir SA, la demandante había cotizado 1326 semanas, (Pág. 88 contestación Porvenir SA) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 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 la 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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PORVENIR S.A., el 9 de junio de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que los fondos en los que estuvo afiliada lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 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 lo que refiere a los gastos de administración, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se modificara lo decidido por el a quo, ya que ninguna razón tiene en su argumento el a quo, que considera que estos gastos de administración, seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, estaban reglados en la ley, y ya habían cubierto los riesgos protegidos durante la vinculación al RAIS que se declara ineficaz; pues 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, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán el fondo en que estuvo afiliada la demandante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **MODIFICARÁ** la sentencia proferida en primera instancia en tal sentido, y se **CONFIRMARÁ** en lo demás, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **AURA JANNETH ESPINOSA GOYES** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 9 de junio de 1994.

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. Las de primera instancia a cargo de Colpensiones serán revocadas, puesto que nada tuvo que ver Colpensiones en el traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS, por tanto, no se puede afirmar que Colpensiones fue vencida en el presente proceso, pues por mandato constitucional y legal le corresponde recibir a la demandante en el régimen público de pensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 28 de octubre de 2022 por el Juzgado 20° Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante la afiliación de la demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia. 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

MILLER ESQUIVEL GAITAN

(EN USO DE PERMISO)



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Enlace expediente digital: [11001310502020210051401](https://expediente.dicj.gov.co/11001310502020210051401)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Aura Janneth Espinosa Goyes
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2021-00514-01**

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: **0f9c1786d9d22b7b75d42438234359034880f6e1e1d25ae90fde2e2561d045b0**

Documento generado en 30/06/2023 08:20:10 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>