

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados **MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), a revolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “anulación” y/o ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos aportes y rendimientos; y que COLPENSIONES reciba los anteriores valores, active la afiliación del demandante. Igualmente, solicita el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de conformidad con el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado, así como que cumplirá los requisitos para acceder a una pensión de vejez, pues nació el 07 de diciembre de 1955 y contará con más de 1300 semanas al cumplir 57 años de edad.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A. (fls.90 a 119) se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls. 213 a 232), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la A.F.P. ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política);
bueno fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa
para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos;
inexistencia del derecho reclamado; prescripción; y la
innominada o genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 02 de agosto de 2021, declarando ineficaz el traslado de la demandante a PORVENIR S.A., condenando a ésta a devolver las sumas recibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados por el período en que la demandante permaneció afiliada a esta administradora; y a COLPENSIONES a aceptar el traslado. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES.

Señaló que la demandante permaneció por más de 22 años en el fondo privado hasta al momento de la reclamación administrativa, lo que permite denotar el abandono de su situación pensional; que según interrogatorio de parte de la demandante, además de lo anterior, es dable establecer efectuó su traslado de régimen de forma libre y voluntaria; que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, ya que, el periodo de carencia de diez años tiene como fin evitar la descapitalización del sistema, y que incluso se puede afectar los recursos de quienes sí cotizaron a lo largo de su vida laboral; que no se está frente a un afiliado lego, en atención a que la actora era profesional y podía ilustrarse de mejor manera; que la accionante no contaba con una expectativa legítima de pensión al momento de trasladarse; y que debe existir un

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

pronunciamiento si es dable aplicar la carga dinámica de la prueba.

PORVENIR S.A.

Indicó que está demostrado que se brindó a la demandante información clara, precisa y comprensible, siendo de su libre albedrío afiliarse al fondo privado, lo que se hizo de conformidad con la Ley 100 de 1993; que la asesoría se brindó a una persona capaz, no se avizoró nulidades absolutas ni relativas, ni se verifica que se coartó la elección de régimen de pensional a la actora, por el contrario ésta decidió de manera expresa y voluntaria su afiliación; que se logró acreditar que a la demandante se le brindó información precisa de la rentabilidad de sus aportes, que su pensión podría reconocerse de manera anticipada, y que se podía incrementar el capital con aportes voluntarios, lo que permite establecer que se podía realizar una comparación entre regímenes pensionales; que la actora tenía el deber legal de informarse del formulario afiliación que se estaba suscribiendo; que si bien para la época de la afiliación no había deber legal de documentar información, está demostrado que esta si se brindó de forma verbal; que se deben revocar los gastos de administración, pues se destinan a los seguros de invalidez y sobrevivencia, y la Superintendencia Financiera ha dicho que no es dable devolver tales valores, pues no financian la mesada pensional, y enriquecería a la parte actora, por demás que se encuentran prescritos; y que las costas se deben imponer también a COLPENSIONES por resultar vencida en juicio.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Igualmente, y conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar a imponer costas y/o agencias en derecho a COLPENSIONES.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el

afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.
--	---	--

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos que regulan el deber de las administradoras de pensiones de suministrar información a los usuarios con el propósito de que estos tengan la posibilidad de evaluar las distintas opciones del mercado y de tomar decisiones informadas, por lo que a las enunciadas se suman la Ley 795 de 2003, por medio de la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico Financiero, el Decreto 2241 de 2010, entre otras, expedidos con posterioridad a la ocurrencia del traslado que ocupa la atención de la Sala.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

b) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

“2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) 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 (...) 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 a 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VII CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 20 de enero de 1987 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 35 y 36; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 10 de abril de 1997 (fl.154); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 07 de noviembre de 2019, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las que respondieron de forma negativa tal solicitud (fls.63 a 72).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

A folio 154 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de abril de 1997 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado de ello no es viable derivar una confesión, pues si bien señaló conocer algunas características del régimen como que los aportes se dirigen a una cuenta de ahorro individual, que genera rentabilidad, y la posibilidad de hacer aportes voluntarios, de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado; luego de tales manifestaciones la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

En igual sentido, se advierte que el interrogatorio de la representante legal de PORVENIR S.A. de igual manera es insuficiente para tener por acreditado el cumplimiento del deber de información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

En este punto, se hace necesario aclarar que con el precedente jurisprudencial anotado no se desconoce lo establecido por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-086 de 2016, puesto que conforme a dicha corporación el principio de la carga de la prueba (*onus probandi*) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas); mismo escenario que argumenta la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para establecer que la carga de la prueba recae en el fondo privado.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el A Quo en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información a la afiliada, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora MEDINA BERNAL en el traslado que este realizó el 10 de abril de 1997, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En lo que respecta a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción que en esta ocasión se estudia no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la pluricitada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

La misma lógica considera la Sala, se aplica a la prescripción de los gastos de administración, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL1689-2019 y SL687-2021).

Finalmente, y en lo referente a **COSTAS**, se considera que hay lugar a su imposición en primera instancia, como quiera que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

el numeral primero del artículo 365 del C.G.P. establece que “se *condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, por lo que al resultar vencida COLPENSIONES en primera instancia, debió ser objeto de condena; de modo que, se **MODIFICARÁ el numeral quinto** de la sentencia en el sentido de ADICIONAR que se imponen costas de primera instancia a COLPENSIONES por resultar vencida en juicio.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, **se deben devolver las sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, bonos pensionales y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

SEGUNDO. – **MODIFICAR el numeral quinto** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que se imponen costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2020-00119 -01.

Demandante: **MARÍA CRISTINA MEDINA BERNAL.**

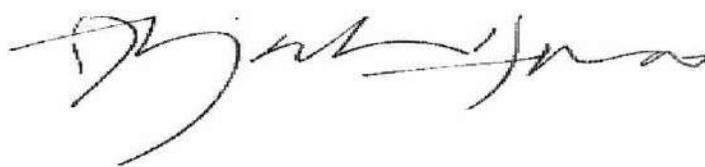
Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

TERCERO. – **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

CUARTO. –.Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **OMAR RONDÓN RODRÍGUEZ** promovió contra **H L INGENIEROS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita se declare que el siniestro ocurrido el 06 de abril de 2015 es un accidente de trabajo. Como consecuencia de lo anterior, pide el pago de la indemnización por la pérdida de capacidad laboral conforme lo que determina la Junta Regional de Calificación de Invalidez, perjuicios materiales y morales, indemnización del artículo 216 del C.S.T., y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo el 02 de septiembre de 2014, para desempeñar el cargo de Aparejador; **2)** Devengaba \$1'097.000; **3)** El 06 de abril de 2015 sufrió un accidente mientras estaba realizando sus labores rutinarias, en la acomodación de una pieza "jeet de la grúa", en la que el auxiliar que le estaba colaborando, soltó tal pieza y le dejó caer todo el peso de la pieza; **4)** El 09 de abril de 2015 asistió a urgencias a la Clínica Policarpa, pero no fue atendido, por no estar reportado el siniestro como accidente de trabajo; **5)** El 10 de abril de 2015 acudió a su E.P.S., en donde se le expidió una incapacidad de siete días; **6)** El 06 de mayo de 2015 la persona encargada de la seguridad industrial en el trabajo le informó que debía enviar el reporte de accidente de trabajo a su correo electrónico, lo que remitió; **7)** A.R.L. COLPATRIA informó que no contaba con el reporte de trabajo, pese a haber sido remitido; **8)** El 16 de octubre de 2015, E.P.S. CAFESALUD emitió calificación, señalando que padecía del síndrome del manguito rotador izquierdo; **9)** El 24 de noviembre de 2015 se emitió concepto favorable de rehabilitación por parte de E.P.S. CAFESALUD con diagnóstico Traumatismo de Tendón de la Cabeza Larga del Biceps; **10)** El 28 de septiembre de 2016, se emite nuevo concepto de rehabilitación, pero esta vez desfavorable; **11)** El 24 de octubre de 2016 se emitió concepto de reincorporación laboral, produciéndose su reintegro el 19 de enero de 2017, siendo remitido para que se le realice un examen post incapacidad para establecer qué cargo puede desempeñar, para lo que se requirió análisis de puesto de trabajo y valoración de ortopedia del hombro; **12)** En resonancia magnética practicada el 01 de agosto de 2017 se determinó que padecía de rotura de espesor total que compromete el tendón del musculo supraespinoso con cefalización secundaria a la cabeza humeral; **13)** Como no se ha podido obtener la valoración de su puesto de trabajo, no ha sido reintegrado; **14)** Para obtener una cita médica cada vez es más tortuoso porque no hay agenda; y **15)** Logró el pago de sus incapacidades por acción de tutela.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

H L INGENIEROS S.A., (fls.77 a 101), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de culpa patronal, buena fe, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, y prescripción.

Aceptó los hechos relativos a que entre las partes existió un contrato a término fijo para desempeñar el cargo de Aparejador; que el 16 de octubre de 2015 se emitió calificación, en la que se señaló que el actor padecía del síndrome del manguito rotador izquierdo; que el 24 de noviembre de 2015 se emitió concepto favorable de rehabilitación al actor; que el 28 de septiembre de 2016, se emite nuevo concepto de rehabilitación, pero esta vez desfavorable; que el actor fue remitido para que se le realizara un examen post incapacidad para establecer qué cargo puede desempeñar; y el actor logró el pago de sus incapacidades por acción de tutela. No aceptó los demás hechos.

Expuso que el actor ingresó el laborar el 02 de diciembre de 2014; que en aplicación de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ha ejecutado todas las acciones tendientes a prevenir accidentes de trabajo, entre las que se incluye, inducciones y capacitaciones para el levantamiento de cargas; que el trabajador en ningún momento comunicó la existencia de un accidente de trabajo; que al verificarse el diagnóstico de manguito rotador y, señalarse en este, que pudo ser ocasionado por un accidente de trabajo, se inició la correspondiente investigación interna, empero, no obraban medios probatorios con los que se pudiera determinar tal situación; que las entidades de seguridad social han pagado todas las prestaciones asistenciales y económicas a favor del actor; y que al demandante, no le ha sido remitida orden de reincorporación laboral por parte del médico tratante.

2.1. VINCULACIÓN DE SANITAS E.P.S., A.R.L. COLMENA S.A., Y A.R.L. AXA COLPATRIA.

En audiencia de 29 de enero de 2019 se dispuso integrar la litis con **E.P.S. SANITAS y A.R.L. COLMENA S.A.** (fls. 185 a 187), quienes señalaron:

E.P.S. SANITAS (fls. 213 a 217), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de obligación legal, cobro de lo no debido, inexistencia del título y causa, buena fe, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Indicó que las pretensiones eran totalmente ajenas a la E.P.S.; que no le constan los hechos; que el síndrome de manguito rotador fue calificado como de origen laboral mediante dictamen del 16 de febrero de 2018, por lo que, no tiene responsabilidad de ninguna índole.

A.R.L. COLMENA S.A. (fls. 264 a 273), de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa, y compensación.

No aceptó ningún hecho. Indicó que las pretensiones son totalmente ajenas a la A.R.L., pues se solicita una responsabilidad subjetiva; que no le constan los hechos; que su responsabilidad se limita al pago de prestaciones asistenciales y económicas que surgen de la calificación del síndrome de manguito rotador como de origen laboral, no obstante, y dado que **A.R.L. AXA COLPATRIA S.A.** era la entidad que para el 06 de abril de 2015 era quien tenía afiliado al actor, es la entidad encargada de asumir tales prestaciones.

2.2. VINCULACIÓN A.R.L. AXA COLPATRIA S.A.

Mediante auto del 13 de septiembre de 2019, se dispuso vincular a **A.R.L. AXA COLPATRIA S.A.** (fls. 302 y 303).

A.R.L. AXA COLPATRIA S.A. (fls. 328 a 333), asimismo, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido, pago, prescripción, compensación y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Indicó que las pretensiones son totalmente ajenas a la A.R.L; que no le constan los hechos; y que ha pagado todas las incapacidades causadas a favor del demandante.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 12 de marzo de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió el A Quo, que no fue materia de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 02 de diciembre de 2014 para desempeñar el cargo de Aparejador, con un salario de \$1.097.000; y que está demostrado que el accidente del 06 de abril de 2015 fue de origen laboral, conforme dictamen de A.R.L. COLMENA y las juntas de calificación de invalidez.

Manifestó que atendiendo el deficiente ejercicio probatorio de la parte actora, no se encuentra la estructuración de la totalidad de los elementos fundantes de la responsabilidad civil producto de un accidente de trabajo, habida cuenta que si bien está acreditado el daño con el diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio izquierdo, no se demostró la conducta culposa u omisiva de la demandada en su calidad de empleador, pues sólo

se tiene certeza que para el 06 de abril de 2015, el demandante se encontraba con un compañero haciendo manejo de una pieza de siete metros, que el compañero soltó el lazo y que el peso se recargó sobre su hombro izquierdo, según dictámenes proferidos por las distintas entidades, sin que sea dable establecer en tal sentido la responsabilidad del empleador ni que hubo un incumplimiento de sus obligaciones de protección y seguridad.

Finalmente, señaló que la pérdida de capacidad laboral del trabajador es del 0.00%, de ahí que no sea dable acceder al pago de una prestación por incapacidad permanente parcial.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si está acreditada una culpa suficientemente comprobada por parte del empleador demandado en el accidente de trabajo que sufrió el señor Omar Rondón Rodríguez; y si hay lugar a la imposición de alguna tipo de prestación económica a cargo del empleador.

DE LA CULPA PATRONAL.

El artículo 216 del C.S.T. consagra la indemnización plena de perjuicios con ocasión de una enfermedad profesional o accidente de trabajo que sufra el trabajador, cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del hecho

De esta manera la culpa patronal a diferencia de las prestaciones económicas otorgadas por las A.R.L., entraña un elemento esencial de constitución, que es la demostración de la responsabilidad subjetiva del empleador en la ocurrencia del *in suceso*.

En relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel. En sentencia SL2206-2019, dijo:

“Recuerda esta Sala, que para el reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y plena de perjuicios prevista en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de la ocurrencia del riesgo, accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe encontrarse la culpa suficientemente comprobada del empleador, responsabilidad de naturaleza eminentemente subjetiva, que lleva a que se establezca en estos casos no solo el daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, sino que se demuestre también el incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad, que le exige tomar las medidas adecuadas atendiendo las condiciones generales y *especiales del trabajo*, tendientes a evitar que el trabajador, como se dijo, sufra menoscabo en su salud e integridad a causa de los riesgos laborales.

Cuando el empleador incumple culposamente dichos deberes derivados del contrato de trabajo, se presenta la responsabilidad

de indemnizar al trabajador que sufre el infortunio laboral o la enfermedad profesional, o a sus beneficiarios, respecto de los daños que le fueran ocasionados con ese proceder, que comprende toda clase de perjuicios, ya sean materiales o morales. En otras palabras, la abstención en el cumplimiento de la diligencia y cuidados debidos en las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige la citada normativa legal”.

En cuanto a la carga de la prueba, la Corte ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta. No obstante, ha precisado que, *por excepción*, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a la parte actora le basta con enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (SL13653-2015, SL7181-2015, SL7056-2016, SL12707-2017, SL2206-2019, SL2168-2019, SL5154-2020).

Al respecto, la sentencia 5154-2020 establece:

“Asimismo, en torno a la carga de la prueba esta Corporación ha establecido que por regla general la misma debe ser asumida por el trabajador demandante o sus beneficiarios, de modo que tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción o de un control ejecutado de manera incorrecta.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, en aquellos casos en los que se le endilgue culpa al empleador por un comportamiento omisivo de su parte, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones para que la carga de la prueba se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ

SL2206-2019 y CSJ SL2168-2019). En la última sentencia referida, la Sala explicó:

Pues bien, esta Sala ha determinado que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio; no obstante, por excepción, cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores», con arreglo a lo previsto en los artículos 167 del Código General del Proceso y 1604 del Código Civil (CSJ SL 7056-2016)».

De esta manera, es carga del empleador acreditar que no incurrió en las omisiones que se le endilgan, recuérdese que la diligencia y cuidado en cabeza de la empresa, según la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia aludida (SL5154-2020), recae en el deber de información y ejecución de medidas de protección y prevención necesarias para la gestión de los riesgos laborales conforme a lo dispuesto en los artículos 21, 56, 58 y 62 del Decreto 1295 de 1994 y demás normativa concordante; ello por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ha sentado las bases del deber de prevención y cuidado del empleador en torno a la definición del concepto de salud ocupacional, cuyo estudio se centra en la definición de la potencialidad de los riesgos laborales frente a la salud o la seguridad de los trabajadores conforme a la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos por parte del empleador, según está regulado en la Resolución 1016 de 1989 (estas obligaciones están previstas actualmente en los artículos 2.º numerales 18, 34 y 35, 4.º, 7.º, 8.º, 12 y 15 del Decreto 1443 de 2014).

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Omar Rondón Rodríguez ingresó a laborar al servicio de H L INGENIEROS S.A. el 02 de diciembre de 2014,

mediante contrato a término fijo para desempeñar el cargo de Oficial 2 y/o Aparejador (fls.128 a 130).

- ii) El 16 de octubre de 2015, SALUDCOOP E.P.S. determinó que el actor presentaba un diagnóstico de Síndrome de Manguito Rotatorio Izquierdo de origen común; decisión frente a la que el demandante presentó su inconformidad el 10 de noviembre de 2015 (fls. 20 y 21).
- iii) El 16 de febrero de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que el actor padecía de la patología denominada síndrome de manguito rotador izquierdo, que la enfermedad era de origen laboral (fls. 223 a 226).
- iv) El 19 de noviembre de 2018, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez señaló que la patología de síndrome de manguito rotador izquierdo, era de origen laboral por accidente de trabajo (fls. 341 a 346).
- v) El 17 de septiembre de 2019, A.R.L. AXA COLPATRIA S.A., en el que se señala que el actor por su padecimiento tiene un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 0% y, como fecha de estructuración, el 29 de julio de 2019; lo que también fue establecido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá el 27 de noviembre de 2019, (fls. 306 a 314, y 356 a 359).

Por otra parte, comparecieron a rendir testimonio **Miguel Armando Quijano Peña, Candy Melissa Elejalde del Río, y Jovani Francesco Mateus Almonacid**, quienes manifestaron lo siguiente:

Miguel Armando Quijano Peña dijo que ingresó a trabajar con H L INGENIEROS S.A. en misión del 13 de febrero de 2017 al 30 de junio de 2019; que conoció al actor por el desempeño de su cargo, Coordinador de Administración de Personal, circunstancia

por la que debía hacer seguimiento a los casos médicos e incapacidades de trabajadores; que constan capacitaciones e inducciones proporcionadas al demandante; que la empresa entrega elementos de protección personal a los trabajadores para el desarrollo de sus actividades; que todo Aparejador y toda persona que se vincula a la compañía debe tener experiencia y una certificación de la ONAC; que desconoce el accidente que padeció el actor el 06 de abril de 2015; que en el año 2017, por una querrela que elevó el demandante ante el Ministerio de Trabajo, se realizó una fiscalización rigurosa de su caso, sin embargo, se determinó que no existía reporte del accidente por parte del trabajador; y que las incapacidades que se radicaban por parte del actor eran por enfermedad general, dado que no se tenía ninguna enfermedad laboral o un accidente de trabajo reportado, trámite que se hizo con CAFESALUD y, posteriormente con E.P.S. MEDIMÁS y SANITAS E.P.S.

Por su parte, **Candy Melissa Elejalde del Río** señaló que laboró para H L INGENIEROS S.A. desde julio del 2014 hasta el 31 de enero de 2018; que fue Supervisora y Coordinadora HSE; que para abril de 2015 estaba en el proyecto de Río Claro en Antioquia, en el que estuvo hasta mayo de 2015; que en el proyecto estaba en calidad de Supervisora HSE, por lo que, tenía que divulgar, sensibilizar, identificar riesgos y peligros al personal; que tenía todo el tema asociado con capacitaciones, recibir reportes de las personas en cuanto a condiciones de salud o cualquier eventualidad, participar en las investigaciones de accidentes de trabajo y hacer monitoreo en la parte ambiental; que en abril de 2015, la empresa contaba con un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo; que conoció al actor como Aparejador, ya que éste participó en algún momento en el proyecto; que capacitó al actor en materia de seguridad y salud en el trabajo, varias veces, ya que hacía charlas diarias para el manejo de cargas, y el tema del riesgo mecánico y biomecánico; que en la inducción general se hablaba de todo el sistema de gestión, de las políticas generales y de las reglas de oro en

seguridad de la empresa; que cuando llegaba cada persona eran más de dos horas en charla, y posteriormente día a día, charlas de 20 minutos a media hora; que los aparejadores contaban con la experiencia y conocimiento para ejercer las funciones del cargo, ya que, debía revisar y monitorear las credenciales que los trabajadores tenían y los acreditaban para esa competencia; que no se le notificó del accidente que tuvo el demandante el 06 de abril de 2015; que al actor se le entregaron elementos de protección; que se conoció el siniestro del actor, por cuanto llegaron tres o cuatro incapacidades que señalaban que el origen era laboral; que por lo anterior, se inició una investigación, pero al transcurrir tanto tiempo, no se logró recolectar material probatorio; que el operador de grúa, Carlos López, era el único jefe del aparejador, pero éste narró que la persona había llegado con un dolor en el hombro, nunca reportó un presunto accidente que hubiese ocurrido el día que señala el demandante; y que Carlos López no era la única persona a quien se le informaba de los accidentes.

Finalmente, **Jovani Francesco Mateus Almonacid** explicó que labora para H L INGENIEROS S.A desde diciembre de 2010 como Director HSE; que conoce el caso del demandante; que este sucedió en el proyecto donde estaba el actor, en Doradal Antioquia, cuando se estaba realizando un montaje mecánico; que aunque no estaba físicamente en el proyecto, era el jefe del Coordinador HSE; que para abril de 2015, la empresa contaba con un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo; que la persona que lidera seguridad y salud en el trabajo tiene la función de aterrizar la matriz de peligros, dependiendo de las actividades que se ejecuten en cada proyecto; que el actor recibió capacitación de seguridad y salud, además de inducciones, y diversas capacitaciones; que el demandante contaba con la certificación del ente RTA; que el actor recibió los elementos de protección cuando se vinculó con H L INGENIEROS S.A.; que las personas que ocupan el cargo de aparejadores contaban con el conocimiento y la experiencia necesaria, puesto que antes del

ingreso de personal se validaba las hojas de vida y la certificación para el cargo; que tuvo conocimiento del accidente del actor porque al área de personal se allegó una incapacidad que señalaba que era de origen laboral, por lo que a partir de ese momento se hizo el proceso de investigación para indagar qué había pasado; que tiene entendido que el actor está reintegrado en la compañía, sin desarrollo de actividades; que el demandante en su hoja de vida referenció tres años de experiencia en tres empresas diferentes como Aparejador; que con respecto a la investigación del accidente, se le tomó versión de los hechos al demandante, y éste aduce que se encontraba manipulando la extensión del brazo de una grúa con otro trabajador, y que al hacer la tarea le ganó la inercia del elemento y sintió un tirón en el brazo; que la indagación del accidente fue posterior a aquella en que se allegó la incapacidad de origen laboral; que el Gerente y las directivas tomaron medidas, ordenando seguir el debido proceso con la A.R.L., se indagó sobre la guía del equipo mayor para ver si era factible que la operación se hiciera de manera manual, se hizo un estudio de análisis de puesto y se recopilaron varios elementos que la A.R.L. pedía para descartar o no un evento de origen laboral; y que Carlos López, el operador de grúa, en su versión dijo que el trabajador había llegado el 06 de abril de 2015 referenciando un dolor en el hombro, y que no hubo ningún accidente de trabajo.

Pues bien, lo primero por advertir es que, desde el 16 de febrero de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que el actor padecía de la patología denominada síndrome de manguito rotador izquierdo, y que esta enfermedad era de origen laboral (fls. 223 a 226); lo que sería corroborado el 19 de noviembre de 2018 por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (fls. 341 a 346), el 17 de septiembre de 2019 por A.R.L. AXA COLPATRIA S.A., y el 27 de noviembre de 2019 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, señalándose que era consecuencia de un

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2017-00520 -01
Demandante: **OMAR RONDÓN RODRÍGUEZ.**
Demandado: **H L INGENIEROS S.A.**

accidente de trabajo acaecido el 06 de abril de 2015 (fls. 306 a 314, y 356 a 359).

Ahora bien, en el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se hace referencia al análisis de puesto de trabajo efectuado el 27 de agosto de 2015, así como los diversos exámenes médicos del actor, determinándose que conforme a la historia clínica existe un antecedente de accidente de trabajo del 06 de abril de 2015 con mecanismo de lesión de moderada a alta, siendo su primera atención hasta el 05 de junio de 2015, en la que se hace alusión a una tendinitis y a la ruptura del manguito rotador, lo que era *“suficiente para explicar los hallazgos patológicos evidenciados por ecografía inicialmente y que la resonancia pareciera confirmar”*, por lo que se consideró que su origen era consecuencia de un accidente de trabajo.

Posteriormente, en el dictamen del 17 de septiembre de 2019, A.R.L. AXA COLPATRIA S.A. señala que en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que la patología del síndrome de manguito rotador izquierdo tenía su origen en un accidente laboral del 6/4/2015, en el que el actor se encontraba con un compañero haciendo manejo de una pieza de siete metros con un peso aproximado de tonelada y media de la grúa, en el que el compañero suelta el lazo y el peso se recarga sobre su hombro izquierdo.

De esta manera, para la Sala es claro que conforme a los dictámenes aludidos el origen de la patología del actor, síndrome de manguito rotador izquierdo, es de origen laboral concretamente como consecuencia de un accidente de trabajo, por demás que no se presentó objeción de ninguna naturaleza contra dichos dictámenes.

No obstante, tales probanzas no permiten establecer que el accidente de trabajo fue ocasionado por culpa debidamente comprobada del empleador. En efecto, los dictámenes no hacen

alusión mínima a la falta de cumplimiento de deberes por parte de éste, así como tampoco que no hubiere ejercido los controles que en su calidad de empleador le correspondían, por el contrario, en juicio está demostrado que efectuó inducciones, capacitaciones, que tenían un sistema de gestión en salud y seguridad social en el trabajo, y que incluso fue el mismo actor quien no comunicó la ocurrencia del siniestro; última aseveración que cobra más fuerza si se tiene en cuenta que en **interrogatorio de parte el demandante** manifestó que sólo hasta el 09 de abril de 2015, es decir, tres días después del accidente, tuvo atención médica.

En igual sentido, las declaraciones rendidas por la totalidad de los testigos se perciben claras, contestes, fehacientes y fidedignas, y de las mismas se puede establecer que al actor le brindaron capacitaciones e inducciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, así como en manejo de cargas, y riesgos mecánico y biomecánicos; que la empresa entrega elementos de protección personal a los trabajadores para el desarrollo de sus actividades; que todo Aparejador que se vincula a la compañía debe tener experiencia y una certificación de la ONAC; que no existía reporte del accidente por parte del trabajador; y que la empresa contaba con un sistema de gestión en salud y seguridad en el trabajo.

En adición, al plenario fueron allegadas las inducciones y capacitaciones aludidas, en las que consta que al demandante se le impartió adiestramiento en riesgos físicos, mecánicos, naturales, psicosociales, químicos, ergonómicos, entre otros; así como en identificación de peligros, uso adecuado de elementos de protección, manipulación de cartas, y protección para la piel, entre otros (fls. 132 a 155). Asimismo, en los medios ópticos de folios 182 y 183 obran las actas de participación del trabajador en capacitaciones de seguridad y salud, y procedimientos de trabajo seguro de la empresa.

Así las cosas, el análisis conjunto de la prueba recaudada, le permite concluir a la Sala que, para el momento del accidente ocurrido al demandante, la empresa demandada contaba con una matriz de riesgos suficiente para evitar cualquier siniestro, y que aunado a ello, no obra prueba, tal y como lo advirtió el A Quo que permita establecer que el accidente acaeció como consecuencia del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, ya sea por acción, un control ejecutado de manera incorrecta, o por una conducta omisiva a cargo de éste, última circunstancia que no se alegó, y que por demás estaría desvirtuada al existir documental que permite establecer las medidas de prevención vigente para la época del siniestro, como se narró.

Por tanto, lo único claro para la Sala es la ocurrencia del siniestro, pero no, el nexo de causalidad entre tal daño y la conducta del empleador, por lo que, en dichas circunstancias no se haya configurada la culpa del empleador en el acaecimiento del accidente de trabajo y por ello no es posible ordenar el reconocimiento de perjuicios materiales, morales, o en general a la indemnización de que trata el artículo 216 del C.S.T.

INDEMNIZACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL PORCENTEJE QUE ESTABLEZCA LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

Solicita el demandante en el pago de la indemnización por pérdida de capacidad, de acuerdo a lo que determine la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Al respecto, se rememora que de conformidad con los artículos 5, 9 y 10 de la Ley 776 de 2002, es incapacitado permanente parcial, al afiliado que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2017-00520 -01

Demandante: **OMAR RONDÓN RODRÍGUEZ.**

Demandado: **H L INGENIEROS S.A.**

laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado, así como se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación.

Así las cosas, la Sala se remite a la prueba documental obrante en el plenario, encontrándose que según calificación de pérdida de capacidad laboral expedido por A.R.L. AXA COLPATRIA el 17 de septiembre de 2019, la patología que padece del actor, esto es, diagnóstico de síndrome de manguito rotatorio izquierdo con un origen de accidente de trabajo, alcanza un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 0%, lo que es confirmado por la Junta Regional de Calificación de Boyacá (fls. 306 a 314, y 356 a 359), por lo que, en tales condiciones no es dable reconocer una incapacidad permanente parcial.

En suma, dicha pretensión está dirigida en contra de H L INGENIEROS S.A., esto es, el empleador, cuando es sabido de conformidad con las normas en mención, que dicha prestación se encuentra en cabeza de las entidades de seguridad social, pues se tratan de un riesgo asegurado y derivado de una responsabilidad objetiva, y no subjetiva, como lo es la estudiada culpa patronal, razones por las que en igual sentido se CONFIRMARÁ la decisión de primera instancia.

SANCIÓN MORATORIA.

La **indemnización moratoria** es una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales y se encuentra consagrada en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T., y consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Valga recordar, que para establecer la procedencia de la indemnización descrita, la jurisprudencia ordinaria laboral ha

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2017-00520 -01

Demandante: **OMAR RONDÓN RODRÍGUEZ.**

Demandado: **H L INGENIEROS S.A.**

definido, de antaño, que se debe estudiar, en cada caso particular, la conducta remisa del empleador, para con ello establecer, si su obrar, al abstenerse de pagar en forma oportuna y completa los salarios y prestaciones sociales a la finalización del nexo contractual, está precedido o no, de buena fe, por encontrarse justificado en motivos serios que, a pesar de no resultar del todo viables o jurídicamente acertadas, sí pueden ser consideradas como atendibles (CSJ sentencia SL12854 de 24 ago. 2016 rad. 45175, SL16884-2016 y la SL3071-2018).

De esta manera, y como quiera que en el caso presente no se encuentra acreditado que el empleador adeudara salarios o prestaciones sociales – de hecho, ningún hecho de la demanda hace alusión a ello – se considera que no hay lugar a su imposición, por lo que, se encuentra ajustada a derecho su absolución.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

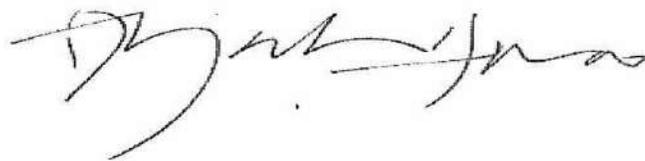
PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-011-2017-00520 -01
Demandante: **OMAR RONDÓN RODRÍGUEZ.**
Demandado: **H L INGENIEROS S.A.**

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

AUTO

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **DIANA MARÍA**

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

ORTIZ ZULETA promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 24 de agosto de 1994, así como el subsiguiente realizado a Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. y Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual tales como aportes, bonos pensionales y rendimientos.

De manera subsidiaria deprecia se condene a Porvenir S.A., en caso de negarse al traslado, reconozca la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 49 a 60), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, (Fl. 67 a 84), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, ausencia de responsabilidad atribuible a esa entidad, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. (Fl. 100) contestó la demanda, declarando que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban, oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, proponiendo en su defensa las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el pago al seguro provisional en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES todos los aportes recibidos por la demandante con motivo de su afiliación,

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

como cotizaciones, bonos pensionales y demás, incluidos los gastos de administración, y a Colpensiones a recibir dichos dineros y actualizar la información laboral de la accionante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES.

Expuso, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, que le impide regresar al RPM.

Señaló que, en este proceso se evidencian actos de relacionamiento que se configuran dentro de la relación contractual que surge entre las AFP y la hoy afiliada al RAIS, lo que también se evidencia en las cotizaciones fuera de la obligación legal que tiene la afiliada en el RAIS, como aportes voluntarios.

Adujo que, en el presente caso existen distintos traslados, reafirmando la voluntad de la afiliada de pertenecer al RAIS, además de que no se trata de un afiliado lego que no conozca el funcionamiento del sistema, teniendo en cuenta cuando trabajaba para este, ya que laboraba con la AFP de la cual originariamente obtuvo su afiliación.

PROTECCIÓN S.A.

Indicó que Protección S.A. no debe devolver ninguna erogación de la cuenta de ahorro individual de la demandante, ya que esta AFP asumió las obligaciones de Colmena desde el 2012, por lo que en ningún momento sostuvo vínculo o negocio jurídico de afiliación.

Señaló que los gastos de administración que realizó en su momento a Colmena y Santander, los aportes se repartieron

acorde al literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 que establece que en ambos regímenes una parte del ahorro se destina al pago de primas, otra al fondo de pensiones y otra para cubrir los gastos de administración, siendo evidente que desde un inicio el legislador le otorgó un porcentaje preciso a cada necesidad.

Adujo que, devolver los gastos de administración con cargo a las utilidades, constituye una sobre remuneración injustificada, puesto que la administración de la AFP genera unos rendimientos financieros, que en su momento fueron trasladados en el año 2012, además, los gastos de administración se encuentran autorizados por vía legal, entraron al patrimonio de esa entidad con origen legítimo y fueron destinadas a cubrir las provisiones con ocasión a la ley durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a lo que fueron las AFP Colmena y Santander, que a partir del 2012 ya no había vínculo pues pasaron a ser Protección S.A., se administró y gestionó el dinero de la demandante con la mayor probidad, lo cual se puede comprobar con los rendimientos financieros.

Expuso que en Colombia se establecen dos regímenes en el sistema general de pensiones, los cuales, si bien disímiles, no significa que uno sea peor que el otro, sino que se adecuan conforme a las necesidades o características de cada persona y por ello la demandante hizo una elección hace más de 20 años.

Indicó que con la devolución de los gastos de administración se estaría perturbando la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones, pues desde el RAIS se han dispuesto los porcentajes que la ley ha previsto para los gastos de administración y otros porcentajes, no obstante, ello no ha sido previsto en el gasto del RPM, en donde no hay un rendimiento porcentual como sucede en el RAIS, lo que

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

agravaría ya la existente insostenibilidad del sistema general de pensiones.

Finalizó indicando que la condena en costas es totalmente improcedente pues esa AFP no cuenta con soporte normativo que la obligue a realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir tal derecho o realizar el traslado de los gastos de administración a cargo suyo una vez cumplidos los requisitos, con lo que los afiliados acuden a la jurisdicción a fin de que esta evalúe las condiciones que rodearon en su momento el traslado conforme al precedente jurisprudencial, por lo que esa AFP actuó e buena fe y conforme a derecho bajo la previsión legal de la Ley 797 de 2003.

PORVENIR S.A.

Indicó que, esa entidad no desconoce la obligatoriedad que tienen las AFP de rendir la información requerida a sus potenciales afiliados, es claro que la demandante, en su interrogatorio de parte, deja en claro que esa AFP, en su momento, le suministró la información relacionada con el propósito de la existencia de las AFP del RAIS.

Enfatizó que la demandante afirmó que se le dio la información, situación que fue ratificada con la suscripción del formulario de afiliación, en el cual indica que sí había recibido dicha información, formulario que es desestimado, por lo que solicita se le dé valor probatorio a este documento, el cual deja claro que, tal y como lo afirma la demandante, se le suministró la información requerida para los efectos y para que pudiera seguir manteniendo los ahorros y su futuro pensional en el RAIS.

Solicitó se tenga en cuenta la sentencia SL3752 del 2020 Rad. 73532 de la Magistrada Ana María Muñoz Segura, para que

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

sea relacionada con los hechos y circunstancias fácticas de este caso.

Señaló que la razón para que la demandante promoviera esta acción tiene que ver con el monto de la posible mesada pensional, la cual no se puede establecer al momento de la vinculación sino cuando se cumplan los requisitos para acceder a esta, de tal manera que hay variables futuras e inciertas que no tienen la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado ni la eficacia del acto jurídico del traslado, adicionalmente el monto que se protege con las normas laborales es que la mesada pensional no puede ser inferior al salario mínimo, de tal manera que el mayor valor depende de las circunstancias propias de la vida laboral del afiliado.

Concluyó indicando que se aparta de la condena a la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que la misma ley 100 de 1993 en su artículo 20 establece que el 3% de cotización generada al sistema general de pensiones se destinará a financiar los gastos de administración, por lo que ordenar devolver estas sumas a Colpensiones resulta inefectivo con la AFP toda vez que la despoja de una suma causada por una actividad administradora realizada durante todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada al fondo, además que gracias a dicha gestión se incrementó el capital que la demandante tiene en su cuenta de ahorro individual, además que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión administrativa en ese mismo periodo lo que puede constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas y/o en su defecto, se debe ordenar su restitución.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. (...).”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control

de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que

independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 02/10/1984 (fl 60); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 24/08/1994 a través de la A.F.P Colmena – hoy Protección S.A. (fl 18 y fl. 24 contestación Fl. 100); **iii)** efectuó traslados horizontales entre AFP del RAIS, así: el 19/12/2001 a Porvenir S.A. (fl. 81), y **iv)** el día 17/12/2013 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 60)

Pues bien, a folios 18 y 24 del cd visible a folio 100 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 24/08/1994 con la AFP Colmena (hoy Protección S.A), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que no se le dio valor probatorio al formulario de afiliación suscrito por la demandante, argumento que no es de recibo pues contrario a lo afirmado, dicho documento sí fue valorado, lo que en realidad acontece es que el valor probatorio otorgado al mismo no es de tal peso o valor que permita afirmar que con el mismo, *per se*, la AFP logró acreditar la suficiente asesoría a la demandante, al menos en los términos expuestos por la jurisprudencia tantas veces citada.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 24 de agosto del año 1994.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Ahora, si bien es cierto la demandante, se desempeñaba como secretaria en la AFP Colmena para el año 1994, tal y como

lo indicó en el interrogatorio de parte por ella rendido, esto no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el solo hecho de brindarse re-asesorías posteriores.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Ortiz Zuleta en el traslado que esta realizó en el mes de agosto de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales -hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Dicha **orden será extensiva a PROTECCIÓN S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, tal y como acertadamente lo dispuso la sentencia de primer grado, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Frente a este punto, y en cuanto a lo argüido por Protección S.A. en su recurso, cuando indicó que esa AFP no tiene la

obligación de devolver concepto alguno debido a que asumió las obligaciones de las extintas AFP Colmena y Santander luego ING en el año 2012, data para la cual la accionante ya no estaba afiliada a esas entidades, dicho argumento no es de recibo para esta Corporación, como quiera que, conforme el historial de vinculaciones expedido por Asofondos y allegado esa AFP a folio 34 del archivo "Contestación" arrimado en el disco compacto obrante a folio 100, Colmena fue cedido por fusión a ING y esta última a su vez fue objeto de fusión por absorción por Protección S.A., a decir del certificado de existencia y representación legal que obra a folio 123 vto, así las cosas, conforme lo establecido en el artículo 172 del Código de Comercio², la absorbente o nueva compañía adquirirá tanto los derechos como las obligaciones de las sociedades que se fusionaron.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

"De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las

² **Artículo 172 C.Co. Fusión de la sociedad – Concepto.** Habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva.

La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión.

partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. 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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, frente al argumento presentado por Protección S.A. en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Protección S.A., respecto de la absolución al pago de costas, es de anotar que en

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto*”, situación que acaeció, en este caso con la AFP Protección S.A. (ver al respecto las providencias AL 2163-2021 rad. 79842, y AL 2787 -2021 Rad 79134, de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia), luego su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.

en derecho a favor de la opositora.”

Conforme lo expuesto, no hay lugar a revocar la condena en costas impuesta contra Protección S.A., al resultar vencida en juicio.

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos por estas presentados.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

la **AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

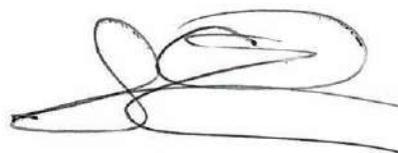
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

acervo voto

Código Único de Identificación: 11001310501220190026601

Demandante: DIANA MARÍA ORTIZ ZULETA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS** promoviese contra **CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS S.A.S. y LUISA FERNANDA PÉREZ PARRA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda el demandante, pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo del 01 de julio de 2014 al 11 de diciembre de 2018; y que la terminación del contrato de trabajo fue consecuencia de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

un despido indirecto. Como consecuencia de lo anterior, solicita los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías, y la entrega de objetos personalísimos del trabajador.

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

- 1) Celebró contrato de trabajo a término fijo con Calidad Industrial Microbiología y Asesorías S.A.S. el 01 de julio de 2014, para desempeñar el cargo de Gerente Representante Legal;
- 2) Es accionista de la empresa demandada;
- 3) Realizó todas las funciones propias de su cargo, y las establecidas en los estatutos de la empresa;
- 4) En asamblea de 2018 se cambió el Representante Legal, nombrándose a Luisa Fernanda Pérez Parra;
- 5) Fue acusado de tener una empresa criminal dentro de la sociedad, motivo por el que fue denunciado penalmente;
- 6) No le permitieron sacar sus objetos personales, tales como, documentos, cámaras de video, accesorios de vehículos, CD con material íntimo;
- 7) El 22 de noviembre de 2018 solicitó la entrega de los artículos, los que se remitieron parcialmente el 26 del mismo mes y año;
- 8) El 12 de diciembre de 2018 solicitó la entrega de sus objetos personales pendientes, así como notificó su renuncia provocada;
- 9) El 26 de diciembre de 2018 se respondió su requerimiento, recordándose que tenía la calidad de accionista, y no de trabajador;
- 10) Su último salario fue la suma de \$781.242 más una bonificación permanente de \$2'288.000; y
- 11) Se le adeudan las acreencias laborales que pretende.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

LUISA FERNANDA PÉREZ PARRA y CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS S.A.S. (fls. 70 a 75 y 89 a 94), se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo

como excepciones de mérito las que denominaron inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, mala fe, y la innominada.

Aceptaron que el actor es accionista de la sociedad demandada ; que fue su representante legal; que se presentó denuncia penal contra el demandante al evidenciarse actos delictuosos en el manejo de la sociedad; que el 22 de noviembre de 2018, el demandante solicitó la entrega de objetos personales y notificó su renuncia; que no se entregó la totalidad de los objetos del accionante; y que el 26 de noviembre de 2018, se dio respuesta negativa al requerimiento del actor, recordándole que no era trabajador, sino accionista. Negó los demás hechos.

Señalaron que el contrato de trabajo a término fijo fue elaborado por el mismo demandante abusando de su condición de representante legal; que en la anterior condición, no se le asignó al actor salario, ni mucho menos bonificaciones; que el actor nunca hizo rendición de cuentas, siendo materia de investigación su gestión como representante legal; y que el actor fue quien abandonó la empresa sin retirar sus objetos personales; que está pendiente por entregar dvd's con contenido íntimo con personal de la empresa.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 03 de septiembre de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, indicó que no es dable darle al contrato de trabajo a término fijo obrante en el plenario, como prueba determinante para establecer que entre las partes existió una relación laboral, puesto que fue suscrito por el demandante en su doble condición de trabajador y representante legal de la empresa; que lo anterior cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

que en criterio de la Corte Suprema de Justicia, por razones de transparencia no puede tenerse en cuenta un contrato en el que se fungía a la vez como representante legal y trabajador; que aunado a lo anterior, la testigo Sandra Iocota fue contundente en señalar que el referido contrato no se puso en conocimiento de los socios; que si bien en el plenario está acreditado la prestación del servicio del actor como Gerente, se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, ya que, en interrogatorio de parte, el demandante aceptó que él mismo firmó el contrato de trabajo en su doble condición de trabajador y representante legal, y que para tomar decisiones no necesitaba ningún tipo de permiso, lo que también fue aludido por la totalidad de los testigos; que para nombrarse al demandante como trabajador, debió concurrir los demás socios, y constar en actas, lo que no se logró acreditar; que la misma suerte corren los comprobantes de nómina, los que por demás, ni siquiera se encuentra suscritos; y que no es de su competencia ordenar la entrega de videos que se encuentren en poder de la sociedad demandada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo; que el acta allegada que data de 2009, no incluye la reforma estatutaria que se hizo con posterioridad, debiéndose tener los estatutos vigentes al momento en que entró el actor a prestar sus servicios como representante legal y se celebró el contrato de trabajo; que están probados los salarios, los que estaban de conformidad con las decisiones de la junta de socios; que con los testigos quedó claro que el demandante iba todos los días a la empresa, que era el encargado de suscribir los elementos referidos a la materia prima consistente en expedir los certificados de análisis, lo que se hacía de lunes a sábado; que su jefe era la junta de socios; y que transparencia sí hubo, pues así como la hubo frente a los otros dos trabajadores, siendo firmados los contratos de trabajo por él, porque era su derecho, tenía que hacerlo y estaba autorizado por sus socias.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si la relación existente entre la empresa CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS S.A.S. y el actor -que era socio de dicha sociedad- devino en un contrato de trabajo.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD, Y DEL CONTRATO DE TRABAJO CON QUIEN FUNGE COMO SOCIO.

En materia laboral, el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

Ahora bien, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, (Ver entre otras sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017)

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso el juez de primera instancia.

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*.

Igualmente, debe advertirse que en sentencia del 30 de noviembre de 2010, rad. 39143, reiterada en sentencia SL2265-2018, la H. Corte Suprema de Justicia, llamó la atención en cuanto a que, por razones de transparencia, **no resultaba válido admitir que una misma persona, desde su condición de socio y/o gerente, suscribiera un contrato de trabajo en el que, a su vez, fungía como trabajador, para darse unas especiales condiciones que luego opondría a la empresa.** En esa oportunidad dijo la Corte:

“En verdad, el razonamiento del Tribunal no se basó en la existencia o no del contrato laboral, sino en su duración y **en la viabilidad ética y jurídica de que el actor, a pesar de ser gerente de la sociedad demandada, suscribiera un contrato laboral a término fijo, ostentando la doble condición de representante legal y trabajador**, cuestión en la que nada incide la concurrencia de los contratos de trabajo y de sociedad.

Para ese fallador, “...no puede aceptarse que en una misma persona se concentren las facultades para obligarse como persona natural al servicio del ente jurídico demandado y a su vez para obligar a la misma sociedad, pues tal situación contempla en sí una incompatibilidad de proceder”. Dijo, además, que, para garantizar la transparencia, quien debió suscribir el contrato en representación de la sociedad fue su subgerente, quien tenía las mismas facultades del gerente y remató esa argumentación señalando: **“No es aceptable tolerar que el demandante en forma unilateral estipule en el contrato de trabajo a término indefinido unas condiciones legales especiales que posteriormente utilizará en contra de la empleadora, desconociendo abiertamente las condiciones que comportan un acto jurídico, como lo es el acuerdo de voluntades de dos o más partes, pues, para el caso de autos, solo existió una parte, el señor (...)”**.

Para la Corte los razonamientos jurídicos del Tribunal son acertados, pues se corresponden con las normas legales que gobiernan las facultades y restricciones de la representación, en tratándose de contratos comerciales, que buscan que una misma persona no pueda fungir como contraparte de quien representa, o contratar consigo misma.

[...] A la luz de esa disposición, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal es ajustada a derecho, pues no podía avalar que el actor, en su condición de gerente, estableciera, motu proprio, las condiciones de su contrato de trabajo.

El Tribunal tampoco infringió el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre la ejecución de buena fe del contrato de trabajo, como que consideró que ella no estaba presente en la conducta del demandante, lo que indica que tuvo en cuenta el precepto.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

Estimó el juzgador que “También se echa de menos en el expediente que el demandante hubiera notificado a la junta directiva de la sociedad sobre la suscripción del mentado contrato, lo cual permite inferir que nunca salió de su órbita (sic) el conocimiento de las condiciones contractuales que solamente él conocía y que únicamente vino (sic) a ser públicas cuando se terminó el vínculo contractual para alegarlas en su favor, conducta con la cual preconstituyó unos elementos de hecho que nunca pudieron ser discutidos por la empleadora, proceder que incluso comporta la mala fe del trabajador.” (Folio 282).

En conclusión, en el presente caso, en razón de las condiciones no discutidas relacionadas con la categoría del demandante, como gerente y trabajador de la empresa demandada, no le era dable que concentrara en su misma persona las facultades para obligarse como persona natural y, a la vez, para obligar a la misma sociedad en la fijación del término de su contrato de trabajo, como con acierto lo concluyó el ad quem” (Negrillas por la Sala).

En igual sentido, en la sentencia SL845-2021 se señaló:

“En tal dirección, era razonable colegir, como lo hizo el ad quem, que el mismo órgano directivo con intervención activa del accionante, poseía facultades administrativas concernientes a la gestión de los salarios, de modo que a él también le cabía responsabilidad en la omisión en el pago de sus salarios de julio, agosto y septiembre de 2012. Ello, por cuanto la junta de socios, de la que hacía parte el actor, poseía la potestad de incidir en la administración de los contratos de trabajo, al punto de que podían fijar y modificar libremente los salarios.

En consecuencia, **la Sala no advierte un error manifiesto de hecho en la conclusión del ad quem, según la cual, la mala fe que alega el accionante no puede predicarse respecto de la empresa empleadora cuando, como en este caso, el actor en su doble calidad de socio y trabajador, contaba con potestades administrativas y societarias, que concomitantemente le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad (puntualmente participar en las deliberaciones de su salario) y en la administración de la empresa; por tanto, la responsabilidad derivada de la omisión en el pago de su remuneración, también le era atribuible”**. (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia en cuanto a los siguientes hechos: **i)** JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS ostentó la calidad de socio de CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS S.A.S.;

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

y que **ii)** El actor ostentó la condición de Representante Legal de la empresa demandada.

Adicional a las documentales obrantes a folios 12 a 47, 76 a 80, 97 a 101, y la existente en el medio óptico de folio 177, comparecieron a rendir testimonio **Zully Alexandra Flores Chacón, Jeisson Iván Avella Céspedes, y Sandra Patricia Iocota Quintero**, quienes manifestaron lo siguiente:

Zully Alexandra Flores Chacón señaló que conoció al actor porque fue contratada por la empresa demandada el 01 de noviembre del 2011, y laboró hasta el 11 de diciembre del 2018; que era Auxiliar Administrativa; que fue contratada por el actor; que las funciones que el demandante desempeñaba, eran las de representante y gerente, hacía lo referente a bancos, manejo contable, licitaciones, y en la parte operativa, realizaba muestreos, y buscaba clientes; que el demandante era autónomo en su tiempo, no tenía que solicitar permiso; que el actor manejaba su horario, aunque llegaba antes de las 8:00 A.M., y cuando salía, en ocasiones, él se quedaba trabajando; que el actor tenía un contrato a término fijo de un año, que inició el 01 de julio de 2014, lo que sabe porque por esa época se hicieron los contratos de todas las personas que trabajaban en la empresa; que los contratos los elaboró el área de contaduría; que el actor fue autorizado para elaborar los contratos en una asamblea que se presentó a mediados de junio o julio del 2014; que estuvo presente Secretaria en la asamblea, allí se determinó que se hicieran los contratos; que firmó el acta de esa reunión como Secretaria, la que también fue suscrita por los demás socios; que el actor tenía un salario más una cuenta por bonificación; que la nómina era pagada por el demandante, salarios así como seguridad social; que hubo un problema entre los socios, y les dieron la orden de no dejar entrar al actor, y de cambiar las guardas; que ese día fue el 26 de octubre de 2018; que el actor no pudo volver a ingresar a las instalaciones por el problema societario; que todos informes de la empresa le eran

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01

Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.

Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

llevados a la casa del actor porque era Director Técnico y debía firmar los documentos; que demandó a la empresa por pagos adeudados, pero se arribó a una conciliación.

Por su parte, **Jeisson Iván Avella Céspedes**, dijo que conoció al actor porque laboró para la sociedad demandada desde febrero de 2014 hasta el 11 de diciembre de 2018; que el demandante era su jefe directo; que interpuso demanda contra la empresa por despido indirecto, porque las condiciones cambiaron en el momento en que Luisa Pérez ingresó como representante y gerente de la empresa; que el cargo que ejercía el actor era representante y gerente del laboratorio; que como Gerente realizaba las funciones del área administrativa; que cumplía un horario normal de 8:00 A.M. a 5.30 P.M, y que el horario que cumplía el demandante era prácticamente el mismo; que el actor no debía pedirle permiso a nadie, si no iba a la empresa no pasaba nada, dejaba todo listo porque era el Gerente; que el contrato del actor era a término fijo, lo que sabe pues a mediados de julio de 2014, las cuatro personas que estaban trabajando en la empresa, pasaron a tener tal modalidad contractual; que eso lo autorizaron los socios, según comentaba Zully Flores; que el actor percibía un salario y unas bonificaciones; que su cargo era auxiliar laboratorio; que la nómina la pagaba y autorizaba el actor; que el demandante tuvo un problema societario, y a finales de octubre de 2018 no pudo volver a ingresar; y que el demandante debía firmar como Director Técnico algunos informes para los clientes y por eso, sabe que laboró hasta diciembre de 2018.

Finalmente, **Sandra Patricia Iocota Quintero** adujo que conoció al demandante en 1995; que era socia de la empresa demandada; que se turnaban la representación legal; que en el periodo del actor, junio de 2011 a octubre del 2018, el accionante estuvo a cargo de la empresa, era socio y representante legal; que el actor tomaba individualmente sus decisiones, era amo y señor de la empresa, no solicitaba asesoría de sus socias; que tuvo una

relación sentimental con el actor durante 11 años y por ello, no volvió a hablar con él; que por eso, no hablaba con el demandante; que pensó que el demandante era una persona honorable, y que iba a administrar la empresa bien, como en su momento cada uno de los socios lo hizo; que el demandante citó en el año 2015, para presentar los balances pero no se aprobaron, se asumió que habían errores contables; que en 2014 no se realizó ninguna reunión de socios ni se pactó ningún tipo de contrato de trabajo para el actor; que las ganancias se repartían a los socios, y al que estuviese en frente de la empresa se le reconocía un poco más por su esfuerzo; que el actor no tuvo horario fijo; que estuvo como representante legal desde el 2007 hasta el 2011; que no tenía conocimiento del contrato de trabajo del actor; que el demandante tuvo facultades ilimitadas, podía hacer lo que quisiera sin consultar a las otras socias, de acuerdo a los estatutos y cámara de comercio, él estaba facultado para tomar decisiones solo; que si la empresa necesitaba hacer negocios y contratar personal, el demandante debió advertirlo e informarlo a las demás socias; que los pagos de salarios de trabajadores, los autorizaba el demandante, así como las afiliaciones y pagos a seguridad social y vacaciones; que como representantes legales no percibieron ningún salario, sólo se repartían las ganancias; y que no existió subordinación.

Pues bien. Del anterior acervo probatorio, considera la Sala que ciertamente aparece demostrado que el accionante prestó sus servicios como Gerente y/o Representante Legal de CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS S.A.S.

De esta manera, le correspondía a la pasiva desvirtuar el elemento de la subordinación, respecto de lo cual se tiene que la testigo Sandra Patricia Iocota Quintero adujo que el actor tomaba individualmente sus decisiones; que era amo y señor de la empresa; que la representación legal se turnaba entre socios, correspondiéndole a ella de 2007 a 2011; que en 2014 no se realizó ninguna reunión de socios ni se pactó ningún tipo de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

contrato de trabajo para el actor; que las ganancias se repartían a los socios, y al que estuviese en frente de la empresa se le reconocía un poco más por su esfuerzo; que el actor no tuvo horario fijo; que el demandante tuvo facultades ilimitadas, podía hacer lo que quisiera sin consultar a las otras socias, de acuerdo a los estatutos y cámara de comercio, estaba facultado para tomar decisiones solo; que los pagos de salarios de trabajadores, los autorizaba el demandante, así como las afiliaciones y pagos a seguridad social y vacaciones; y que como representantes legales no percibieron ningún salario, sólo se repartían las ganancias.

Lo anterior, tiene asidero en la reforma estatutaria de la sociedad demandada de fecha 19 de julio de 2011, obrante en el medio óptico de folio 157, en la que se señala frente a la representación legal lo siguiente: *“La Empresa tendría un Gerente y un Subgerente. El gerente será el Representante Legal de la sociedad y el Subgerente será el suplente del Representante Legal, quienes tendrán el uso de la razón social y representarán a la sociedad en asunto (sic) de carácter judicial, extrajudicial y administrativo con facultades y atribuciones ilimitadas”*.

En igual sentido, se tiene el **interrogatorio de parte del demandante**, según el cual, el contrato de trabajo del actor fue firmado por él mismo como representante legal; y que las personas eran contratadas por él, sin acudir a la junta de socios, lo que hizo obrando por decisión propia basado en la necesidad de la empresa.

Así las cosas, a juicio de la Sala se considera que se encuentra suficientemente desvirtuado el elemento de la subordinación, no evidenciándose que con el restante acervo probatorio se logre establecer que el demandante se encontraba subordinado o en obediencia de órdenes.

En efecto, el contrato de trabajo a término fijo obrante a folios 19 y 20, no tiene el alcance para determinar que las partes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

estuvieron regidas por un contrato de trabajo, pues aunado a que fue suscrito por el demandante en su doble condición, esto es, como presunto trabajador y representante legal, es claro que, que por razones de transparencia, no resultaba válido admitir que una misma persona, desde su condición de socio y/o gerente, suscriba un contrato de trabajo en el que, a su vez, funge como trabajador, para darse unas especiales condiciones que luego opondría a la empresa, todo ello conforme las luces de la sentencia del 30 de noviembre de 2010, rad. 39143, reiterada en la SL2265-2018), de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia

Así mismo, se considera que las declaraciones de Zully Alexandra Flores Chacón y Jeisson Iván Avella Céspedes, son insuficientes para establecer la existencia de una relación laboral, pues si bien señalan que el actor ejecutaba diversas funciones en su rol de Gerente y Representante Legal, también es cierto que de su dicho se pueden ver elementos que permiten extraer que su labor se desarrollaba de forma autónoma y libre, pues son contestes en señalar que el demandante no cumplía horario de trabajo, que no debía pedir permisos, que fueron contratados por el mismo demandante, y que los salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social eran autorizados por él.

En el punto resulta pertinente esclarecer frente a la declaración de Zully Alexandra Flores Chacón - en la que se afirma que el actor se contrató por orden de la junta de socios en junio o julio de 2014, y que le constaba tal situación porque estaba presente - que lo cierto es que tal manifestación no encuentra respaldo en las pruebas que fueron allegadas oportunamente a juicio, pues a folio 157 obran las correspondientes actas de las reuniones que se celebraron por parte de los socios, sin que se logre evidenciar que en 2014, se desarrolló tal reunión.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

Igualmente, la documental es insuficiente para determinar algún tipo de poder subordinante, pues los comprobantes de nómina y las planillas de seguridad social, obrantes a folios 35 a 47, no dan cuenta de tal situación, por demás que no están ni siquiera suscritas por algún socio de la empresa, ajeno al actor, tal y como fue acertadamente advertido por la A Quo.

Todo lo anterior conduce a reiterar que no está suficientemente acreditada la calidad de trabajador del actor, y que si bien la concurrencia de contratos prevista en el artículo 25 del C.S.T. supone, por regla general, una autonomía de los vínculos jurídicos que confluyen, lo cierto es que, en determinados casos, las actuaciones propias de cierta posición deben impactar a la otra, por exigirse de las personas un comportamiento consecuente y por no resultar apropiado un aprovechamiento indebido de sus propios actos; de manera que, tal como se anotara en la sentencia SL845-2021, si el actor contaba con potestades administrativas y societarias que le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad, tal como lo es participar en la gestión de su salario y prestaciones sociales, la eventual responsabilidad derivada de la omisión en el pago de sus acreencias laborales también le es atribuible, lo cual conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

VII. COSTAS.

Costas a cargo de la parte actora.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2019-00340 -01
Demandante: JORGE EDUARDO PINTO CÁRDENAS.
Demandado: CALIDAD INDUSTRIAL MICROBIOLOGÍA Y ASESORÍAS
S.A.S. Y LUIS FERNANDA PÉREZ PARRA.

R E S U E L V E:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO -Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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

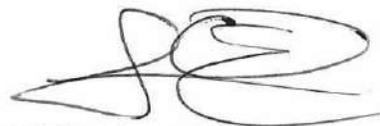
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de la parte actora.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

AUTO

Tener como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con C.C. No. 1.110.497.079 y T.P. No. 247.584 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta, la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ALICIA CRUZ MORA** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de la AFP Colfondos S.A: en el mes de marzo de 2002.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Colfondos S.A., retornar a Colpensiones los valores que hubiere recibido como consecuencia de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos causados, y a esta última a recibir a la demandante sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 228 a 246 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.**, (Fl. 257 a 307 y 313 a 347 Archivo 01), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media (RPM) al de ahorro individual con solidaridad (RAIS) realizado el 25 de enero del 2002 a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, declaró válidamente afiliada a la demandante al RPM administrado por Colpensiones, condenando a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES.

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Expuso, que el traslado efectuado por la demandante al RAIS tiene plena validez conforme lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que el mismo obedece a un cambio libre y voluntario de la afiliada, adicionalmente, anotó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado al faltarle 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse.

Indicó que la demandante, al momento de contestar el interrogatorio de parte manifestó no tener conocimiento de como se pensiona en el RAIS, simplemente manifiesta que le enviaron un correo electrónico en el que le manifiestan que no tiene derecho a la pensión y que no sabe cuantas semanas tiene cotizadas a la fecha, por lo que es claro que no tiene el conocimiento de como se va a pensionar en el RPM, con lo que se tiene que la afiliación por ella efectuada al RAIS es válida.

Expuso que la parte demandante alega que Colfondos S.A., a través de sus asesores, la indujeron en error para realizar su afiliación al RAIS y que no le brindaron la información suficiente respecto de las consecuencias del traslado, lo que le impone la carga procesal de desvirtuar la buena fe con la que actuó Colfondos S.A. para la fecha del traslado, además, la demandante aseguró que los asesores omitieron información suficiente y oportuna, omisiones que deben probarse, ya que no puede omitirse que la demandante, en calidad de afiliada, también tenía deberes como era el de informarse respecto del contrato que estaba suscribiendo de forma voluntaria, pues la legislación establece el derecho de retracto, del cual pudo haber hecho uso.

Solicitó, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se confirme la totalidad del traslado de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como los dineros destinados a los seguros y gastos de administración y fondo de

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

garantías, ya que de no ser así, se generaría un impacto en el sistema financiero de Colpensiones.

Finalmente, solicitó se revoque la condena en costas impuesta, ya que Colpensiones ha actuado en estricto cumplimiento del ordenamiento legal.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la demandante y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, resaltando que, en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso y concretamente frente a Colpensiones, además, se revisará en Consulta la sentencia conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011.

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia

y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. (...).”

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo

puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia que se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26

de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad**

financiera, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 01/01/1988 (fl 94 archivo 01 y cd fl 125); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 25/01/2002 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl 200 y 291 Archivo 01); y **iii)** el día 01/08/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 184 Archivo 01)

Pues bien, a folios 200 y 291 del archivo 01 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 25/01/2002 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su

¹Según los cuales "la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 25 de enero del año 2002.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Colfondos S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Frente al punto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso COLFONDOS S.A., al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Cruz Mora en el traslado que esta realizó en el mes de enero del 2002, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Para la ilustración del asunto, en la última sentencia reseñada (SL 2877 de 2020 Rad. 78667), indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece: (...)

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

[...]. De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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.

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

[...]. De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Igualmente, frente al argumento presentado por Colpensiones en su recurso, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en

el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Colpensiones, respecto de la absolución al pago de costas, es de anotar que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que*

Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”, situación que acaeció, en este caso con esta entidad.

Al respecto, en providencia AL 2163-2021 rad. 79842, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, dijo:

“El artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por autorización del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, prevé la condena en costas para la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, el de casación o el de revisión que haya interpuesto. La Corte se ajustó a lo previsto en el citado artículo, toda vez que el recurso interpuesto no prosperó y, así, se causaron agencias en derecho a favor de la opositora.”

Y en auto AL 2787 -2021 Rad 79134, expuso:

“(…) la Sala juzga conveniente recordar que, en punto a la imposición y liquidación de costas, el artículo 365 del Código General del Proceso, es claro en definir que solo proceden “a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Por ello, su imposición procede de cara al resultado negativo, siempre que se haya presentado escrito de oposición.”

Conforme lo expuesto, no hay lugar a revocar la condena en costas impuesta contra Colpensiones, al resultar vencida en juicio.

Conforme lo antes expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primer grado, en los términos expuestos en esta decisión.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente el recurso por esta presentado.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,

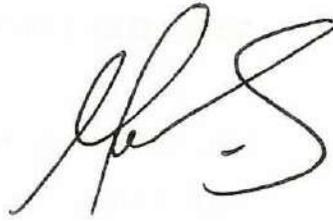


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

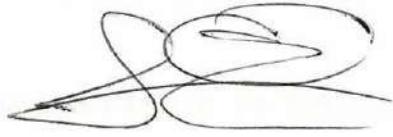
Código Único de Identificación: 11001310501820190003801

Demandante: MARÍA ALICIA CRUZ MORA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

 *adeno voto*

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000
a cargo de COLPENSIONES



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

AUTO

Tener como apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado con C.C. No. 80.282.676 y T.P. No. 261.451 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) del demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, el 07 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA**

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de la A.F.P. Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se condene a Porvenir S.A. y a Seguros de Vida Alfa S.A. a trasladar a Colpensiones todos los recursos, aportes, rendimientos y demás beneficios económicos provenientes de los aportes hechos por el accionante, y a esta última a reconocer y pagar una pensión de vejez, a partir del 01/04/2016, junto con la correspondiente indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 252 a 289 Archivo 01), en oportunidad contestó la demanda, con oposición a todas y cada

una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 306 a 392 Archivo 01), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de fondo mérito las que denominó inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a esa entidad, inexistencia del perjuicio alegado, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. (fl. 418 a 452 Archivo 01) se opuso a las pretensiones de la acción e indicó que la mayoría de los hechos no le constaban y propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de causa para pedir e inexistencia de la nulidad, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a esa entidad, compensación y la genérica.

Mediante auto del 19 de noviembre de 2019 (fl. 486 a 487 Archivo 01), se ordenó la integración de **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, como litisconsorte necesario, entidad que se opuso a las pretensiones de la acción, tras declarar que la mayoría de los hechos no le constaban, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPM administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicio de consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción e imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

de la afiliación al RAIS dada la condición de pensionado por vejez por parte del fondo privado de pensiones Porvenir S.A. (Carpeta CD folio 263 - Archivo 12436 Contestación)

2.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A. (fls. 394 a 404), elevó demanda de reconvencción, pretendiendo el reintegro de las sumas de dinero que ha cancelado al señor Edgar Lisímaco Castrillón Coral por concepto de mesadas pensionales desde el mes de enero del 2016 hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, así como la indexación de las mismas.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó que el demandante se afilió a Porvenir S.A. mediante solicitud de vinculación suscrita el 14/12/1999, que radicó ante esa entidad reclamación de pensión de vejez, prestación que le fue reconocida en el mes de enero del 2016.

2.1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Mediante escrito visible a folios 492 a (Archivo 01), el señor Castrillón Coral, por intermedio de su apoderado, dio contestación a la demandante de reconvencción, solicitando se nieguen las pretensiones incoadas, tras indicar que la mayoría de los hechos no se aceptan y propuso como excepción de fondo la que denominó enriquecimiento sin justa causa de Porvenir S.A.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La a quo dictó sentencia **absolutoria**. Para arribar a tal decisión, indicó que no es posible el retorno del demandante al RPM como quiera que ostenta la calidad de pensionado por parte de Porvenir S.A. desde el año 2016, pues así lo ha expresado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301
Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

la sentencia SL 373-2021, ya que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada que no es posible retrotraer.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Argumentó que, el artículo 230 de la Constitución establece que los jueces están sometidos al imperio de la ley, y que la jurisprudencia y la doctrina son criterios auxiliares en los que se deben apoyar para emitir los fallos, y por ello, basta una lectura de los artículos 13, 36 y 271 de la Ley 100 de 1993, en los que se contempla que la decisión tomada por el afiliado en cuanto al traslado de régimen debe ser libre y voluntaria, pues en caso contrario se impondrá una sanción que consiste en que la afiliación queda sin efecto y puede realizarse nuevamente, por lo que, interpretando de manera estricta la ley, cuando no hay un consentimiento informado debidamente demostrado hay lugar a la aplicación de tal ley.

Señaló que, si bien existe un cambio jurisprudencial que indica que este derecho le asiste únicamente a los afiliados más no a los pensionados, ha de traerse a colación lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 que indica que tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de casación constituyen una doctrina probable la cual puede ser aplicada, por lo que no hay una doctrina probable en el entendido que no hay más de 3 sentencias.

Señaló que las sentencias SL 3749 de 2019, SL 1452 de 2019 y SL 1947 de 2017, entre otras, permiten que, cuando no hay un consentimiento informado y cuando los fondos privados no pueden demostrar que ese consentimiento se dio, se debe dar el traslado de régimen independientemente que la persona esté pensionada o no.

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Expuso que la sentencia SU 406 de 2016 señala cual es el sentido que se le debe dar a un cambio jurisprudencial o en la doctrina probable, indicando que este no aplica de manera retroactiva, por lo que el cambio jurisprudencial contenido en la sentencia de febrero de 2021 tiene que aplicarse únicamente desde esa fecha y no hacia atrás, ya que hay derechos que en cierta medida pueden denominarse como derechos adquiridos por parte de las personas pensionadas, que no tuvieron el consentimiento informado para su traslado de régimen pensional.

Adujo que, a pesar de que pasaron 19 años después de que el demandante efectuó el traslado de régimen, no solicitó el reconocimiento de la pensión sino la devolución de saldos, pero el fondo de pensiones lo que hizo fue reconocer la pensión de vejez, además, reiteró que el actor no tuvo el suficiente conocimiento e información para establecer si era beneficiario del traslado.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 3 de noviembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si en el caso de afiliados que se trasladaron del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que se encuentran pensionados por este último régimen, resulta posible declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapa acumulativa</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

		afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente. Necesidad de un consentimiento informado

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) 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 (...) 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 a 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.”

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

Y en oportunidad posterior, al referirse a **la ineficacia del traslado en el caso de pensionados y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios**, la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021, explicó lo siguiente:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer**, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de

1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.**

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

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.**

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el **término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negrillas por la Sala).

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

De lo anterior puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos de **afiliados**, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida, so pena de ser ineficaz.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de **pensionados** el órgano de Cierre de esta Jurisdicción ha adoctrinado que la calidad de pensionado es una **situación jurídica consolidada**, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, **el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios**; y que **el término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado.**

VI. CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S. - hoy COLPENSIONES, desde el 08/02/1982, según la historia laboral obrante a folios 132 y 272 del archivo 01; **ii)** El 14/12/1999 (fl. 350 Archivo 01) se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; **iii)** le fue reconocida pensión de vejez a partir del mes de diciembre de 2015 por parte de PORVENIR S.A. (fl. 372-374 Archivo 01) y; **v)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 24/10/2018 ante Colpensiones, pero le fue negada tal posibilidad por esa entidad (Carpeta CD fl. 150).

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el 14 de diciembre de 1999, conforme el formulario de afiliación allegado al proceso, visible a folio 350 del Archivo 01 del expediente digital, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia; de manera que, faltar al deber de información que tienen las administradoras de los fondos privados para efectuar los traslado, conlleva a declarar la ineficacia del acto.

No obstante, pese a que no existe duda de la deficiencia en la información por parte de COLFONDOS S.A., no podría declararse la ineficacia de la afiliación, pues no resulta posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haberse efectuado el traslado de régimen, por cuanto, conforme se prueba con la documental arrojada al expediente, **el actor ostenta ya la calidad de pensionado**; prestación que se reconoció por parte de PORVENIR S.A. desde el mes de diciembre de 2015, a decir de la comunicación No. 0200001127485000 allegada por esa entidad a folios 372 a 374, sin que el monto de la mesada pensional se constituya, por sí sola, en una causal de nulidad.

Así las cosas, la calidad de pensionado que ostenta la activa es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no es razonable revertir o retrotraer, que entre otras cosas, configuraría un traumatismo que afectaría, no solo a la AFP, a Colpensiones sino a terceros entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto; de modo que no se trataría solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras,

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

A.F.P., entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida, entre muchas otras situaciones ya consolidadas, que inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones (CSJ SL373-2021).

Conforme lo expuesto en precedencia, el actor únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio. Al respecto, ha de indicar esta Sala que de la pretensión elevada, referente a condenar a Colpensiones al pago de cada una de las mesadas pensionales en forma completa a partir del 01/04/2016 y hasta el 30/08/2018, así como la indexación e intereses moratorios, no puede entenderse que lo solicitado es una indemnización total de perjuicios, máxime cuando solicita que estos sean cancelados por Colpensiones, entidad que resulta ser un tercero ajeno al negocio celebrado entre el afiliado y las AFP del RAIS.

Finalmente, para resolver el argumento presentado por el apelante en el que manifiesta que, frente a este tema no existe una doctrina probable como quiera que no existen tres sentencias sobre el mismo asunto, debe indicar este Tribunal, que no comparte dicho argumento, por las razones que pasan a exponerse.

El artículo 4 de la Ley 169 de 1896 dispone:

“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”

Dicha norma fue estudiada por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-836 de 2001, la cual fue declarada exequible, en el entendido que los jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, cuando decidan apartarse de la doctrina probable, están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, lo cual guarda concordancia con lo establecido en el artículo 7 del Código General del Proceso.

Así, para el caso particular, no es cierto, como lo dice el apelante, que no existan tres decisiones uniformes de la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema que se debate en este asunto, esto es la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando el afiliado ya se encuentra pensionado, pues estas pueden evidenciarse en las sentencias SL 373 de 2021 Rad.84475; SL 3535 del 2021 Rad. 88234; SL 3707 del 2021 Rad. 86706; por citar algunas de las sentencias que recogen el criterio que hoy se expone en esta providencia, y del cual no es dable apartarse, ya que esta Sala no encuentra fundamentos jurídicos que justifiquen el apartarse de la doctrina probable expuesta por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR la sentencia,**

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301

Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

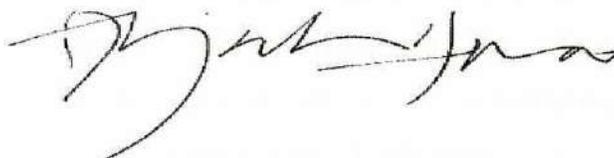
R E S U E L V E:

PRIMERO. -**CONFIRMAR** la **sentencia** de origen y fecha conocidos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. -Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



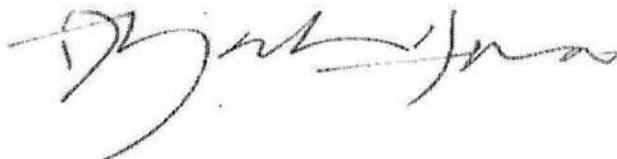
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

aclaro voto

Código Único de Identificación: 11001310501920180065301
Demandante: EDGAR LISIMACO CASTRILLON CORAL
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo del demandante y a favor de las demandadas.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO