

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

**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., y como apoderado sustituto de Porvenir S.A. al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con C.C No. 1.018.469.231 y T.P. No. 365.094 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en las respectivas sustituciones 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 las demandadas y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA SANDY BRAVO HORTA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Tener como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. Diana María Vargas Jerez, identificada con C.C. No. 1.090.449.043 y T.P. No. 289.559 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), en aras a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de octubre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **GONZALO SEGUNDO REYES TOUS** promoviese contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración.

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.

**COLFONDOS S.A.** (Archivo 14), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban 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.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (Archivo 15), 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 errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

**PORVENIR S.A.**, (Archivo 18), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones 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

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por el demandante a Colfondos S.A. el 23 de junio de 2000 y a Porvenir S.A. el 25 de septiembre del 2001.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al (régimen de prima media (en adelante RPM)).

Así mismo, ordenó a PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. devolver los gastos de administración y comisiones descontados, los cuales deben ser devueltos debidamente indexado y a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

#### COLPENSIONES

Manifestó que dentro del proceso no abra prueba alguna que demuestre que se está frente a algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, así mismo, se presenta un error sobre un punto de derecho, que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse de un error que afecte la validez y condene a su anulación o rescisión judicial.

Señaló que se ha dado una interpretación indebida al artículo 1604 del Código Civil en estos casos, toda vez que la Corte hace que la responsabilidad solo esté en cabeza de la AFP y no le exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento al momento de afiliarse al RAIS, pero sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo privado, sin que los demandantes tengan un deber procesal, por lo que resalta las obligaciones que tienen los demandantes, como lo indica el Decreto 2241 de 2010, una de las cuales es informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones y aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación para conocer el sistema general de pensiones y en el caso concreto el demandante no utilizó estos mecanismos.

Expuso que el principio de la descapitalización del sistema pensionales se encuentra en peligro por las decisiones de los despachos judiciales al declarar la ineficacia jurídica, quebrando el principio de sostenibilidad financiera, poniendo en peligro los dineros ahorrados por los demás afiliados, por eso, en sentencias como la C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, la Corte Constitucional, en materia de traslado, manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el RPM se descapitalizaría y la declaración injustificada del traslado afecta directamente la sostenibilidad del sistema pensional, poniendo en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados.

#### **PORVENIR S.A.**

Indicó que, no se valoró que el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación o formulario de afiliación, documento público que expresa que el actor hacía

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

constar que realizaba la escogencia del RAIS de forma libre, espontánea y sin presiones y que fue asesorado sobre otros conceptos como lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir que no se trataba de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz de obligarse, además, en el hipotético caso en que la voluntad del afiliado estuviera viciada por la influencia total de información y que esta fuera insuficiente al momento de realizar el traslado, es incuestionable que esa AFP siempre le garantizó al demandante el derecho de retracto.

Refirió que, con la declaratoria de ineficacia del traslado, se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada que ostenta el accionante, definida en la jurisprudencia constitucional como por ejemplo en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento jurídico para disponer con efecto vinculante los intereses y derechos de los que son titulares y por ende crear derechos y obligaciones.

Indicó que tampoco procede la condena por gastos de administración, ya que, conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el RPM se destinó el 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, adicionalmente, estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo.

Señaló que ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones configura un enriquecimiento ilícito a favor de esa entidad, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 es clara al mencionar cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional,

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

esto es el saldo de la cuenta individual, lo que evidencia que estos gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no le pertenecen sino al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó la AFP para incrementar el capital existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado, además, de ordenar tal devolución, también debe ordenarse a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, así, tratándose de restituciones mutuas uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del Código Civil en cuanto al acto jurídico, es que la parte que recibió los frutos de la relación contractual declarada nula, está en la obligación de restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin causa.

#### **COLFONDOS S.A.**

Solicita se revoque la condena impuesta por concepto de devolución de gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que, conforme a la buena gestión realizada por esa AFP se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados por el demandante, sin que se evidencie perjuicio que se debe señalar si se declara la nulidad del traslado de los aportes y rendimientos, estos últimos se equiparan y son mayores a las sumas descontadas por gastos de administración.

Resaltó que los gastos de administración no los tiene esa entidad, por cuanto estos se utilizan para adquirir la póliza de seguros provisionales y también se traslada un porcentaje al fondo de solidaridad, por lo que debió haberse vinculado a este último a la presente demanda con el fin de que se devuelva lo recibido por concepto de afiliación, ya que se tendría un

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de solidaridad.

Indicó que la condena impuesta a devolver los gastos de administración de manera indexada se tornaría como una condena de daños y perjuicios, lo cual no fue discutido en el presente asunto, así como tampoco se allegó prueba sumaria que demuestre que se generó un daño, menoscabo o perjuicio a los aportes pensionales del demandante, contrario a ello, la buena gestión de los aportes pensionales por parte de Colfondos S.A. generó unos rendimientos que fueron consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo que no se generaron perjuicios, por ello, solicita se realice una ponderación entre lo que se descuenta por gastos de administración y los intereses que se generan en la cuenta de ahorro individual, evidenciándose que estos últimos son mayores, por lo que no hay lugar a generar una condena en contra del patrimonio de esa AFP, máxime cuando siempre ha actuado de buena fe y conforme a la normatividad vigente.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admiten los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la parte demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, 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, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## 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 el 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 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

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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**), que 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 y 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 perjudicarle
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 nullos 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 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 01/09/1996 (Carpeta 17); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/06/2000 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 62-63 Archivo 01); **iii)** efectuó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A., el día 25/09/2001 (fl. 69 Archivo 01 y fl. 67 Archivo 18), y **iv)** el día 05/12/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 135 Archivo 01)

Pues bien, a folios 62 y 63 del archivo 01 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 23/06/2000 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

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

Al punto, y para resolver el recurso de apelación de 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 el actor en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, pues de dicha prueba no logra esclarecerse que el actor conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que no se valoró el consentimiento del accionante, materializado en el formulario de afiliación, 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 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, máxime cuando lo que se discute en el presente es la falta al mentado deber de información y no el desconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad del actor.

---

<sup>1</sup>Según 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.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, argumento presentado por Colpensiones en su recurso, 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 el afiliado 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 mejor posición de probarlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, 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 hecho de efectuar aportes o realizar traslados entre AFP del régimen.

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 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 arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Reyes Tous en el traslado que esta realizó en el mes de junio de 2000, 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

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

el 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 el actor 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 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, 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, siendo acertada la orden de 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 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”.

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Igualmente, debe advertirse que, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, 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 del actor, 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 cargas 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, tal como lo analizó la Corte Suprema en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838).

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).

Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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 Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos 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**.- **CONFIRMAR** la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

**SEGUNDO**.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS 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,

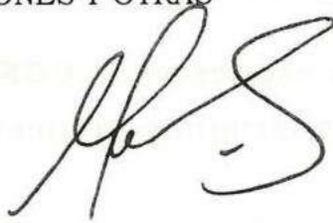


**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

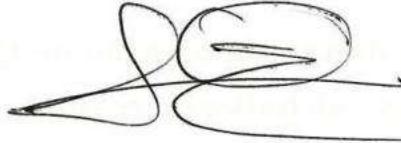
Código Único de Identificación: 11001310500720200032801

Demandante: GONZALO SEGUNDO REYES TOUS

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

 *Delara voto*

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

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



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## ACLARACIÓN DE VOTO

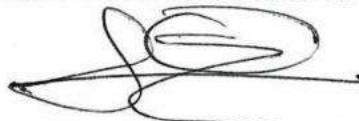
Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Gonzalo Segundo Reyes Tous  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-007-2020-00328-01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**



Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

**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., y como apoderado sustituto de Porvenir S.A. al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con C.C No. 1.018.469.231 y T.P. No. 365.094 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en las respectivas sustituciones 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 las demandadas y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA SANDY BRAVO HORTA** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

## **SENTENCIA**

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y Pretensiones**

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia de la afiliación y traslado realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, así como los gastos de administración o cualquier otro.

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**, (CD fl 233), 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, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, (CD fl 301), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones 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 prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), realizado el 25 de febrero de 2004 a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo la totalidad del capital, intereses, sumas adicionales de la aseguradora, bono pensional y, en general, toda suma que se haya recepcionado en el RAIS por concepto de cotizaciones.

Así mismo, condenó a COLPENSIONES a recibir la totalidad de los dineros en mención y a validar la historia laboral de la demandante en el RPM.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

#### **PORVENIR S.A.**

Indicó que, si bien es cierto existe un precedente jurisprudencial en materia del deber de información, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea en todos los casos donde se pretenda la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, por lo que, en este caso, no se configuran causales suficientes para declarar ineficaz el acto jurídico de traslado de régimen

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

pensional efectuado por la demandante en el año 2004, pues, si bien el deber de información ha evolucionado y tenido 3 etapas, que hoy en día ha hecho más exigente el deber de información para las AFP, para el año 2004 únicamente estaba en cabeza de Porvenir S.A. el deber de brindar una información necesaria, clara y suficiente de las características del RAIS, por lo que a la luz de dicha normatividad y lo que se extrae del interrogatorio de parte rendido por la actora, es evidente que si recibió información respecto de las características del RAIS y por ello firmó el formulario de afiliación a Porvenir S.A., el cual se realiza de manera libre y voluntaria, y en tal sentido se configuran todos los elementos necesarios para tener como válido el acto de traslado y no se evidencian razones suficientes para que se pueda invalidar dicha actuación.

Señaló que dicha AFP, a lo largo de la vinculación de la demandante, ha actuado en el marco de la regulación y normatividad vigente en materia de información, recordando que los efectos de la ley en el tiempo, exactamente de estos deberes de haberle informado las ventajas o desventajas frente a un derecho pensional del cual no tenía certeza de consolidar, se cumplieron las normas vigentes para el momento del traslado de la actora, por lo que no se puede endilgar responsabilidades que para esa data no se encontraban vigentes, especialmente cuando, considera que no se hizo una valoración respecto a la normatividad vigente al momento en que la demandante se trasladó a Porvenir S.A.

Manifestó que la demandante es una persona capaz de conocer los efectos jurídicos que tiene la suscripción del formulario de vinculación, máxime cuando se trata de un derecho fundamental como el de la pensión.

Solicitó estudiar la condena a devolver los rendimientos junto con los gastos de administración, en el entendido que los rendimientos financieros generados en el RAIS son privativos de este régimen, por lo que ordenar la devolución de estas sumas

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

estaría desbordando los efectos de la ineficacia, además, la Corte Suprema en sentencia 3101 del 2018 se pronunció advirtiéndole que los recursos financieros privativos del RAIS pondrían a los afiliados en una condición distinta a la que se encontrarían de haber permanecido en el RPM, en una clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

También señaló que, condenar al reintegro de las sumas por seguros previsionales y gastos de administración desconocería los seguros que ha adquirido Porvenir S.A. en vigencia de la afiliación de la demandante, los cuales ya se han pagado a las aseguradoras correspondientes y también la generación de rendimientos han sido producto de unas operaciones financieras las cuales se han descontado los gastos de administración, además que estas sumas están aprobadas por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20 y la Superintendencia Financiera ha señalado que estas devoluciones se deben hacer a la luz del Decreto 3995 del 2008 artículo 7, cuya disposición normativa contempla la restitución del monto que se ordena cuando se va a realizar el traslado del recurso a la luz de la ineficacia de un traslado de régimen pensional, considerando que existe una norma que regula tal situación por lo que no debe relacionar para apartarse de esta e incluir conceptos que esa AFP ya no posee.

### **COLPENSIONES**

Precisó que, la ineficacia del traslado vulnera y quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y esa entidad no puede asumir el arrepentimiento de la demandante habiendo ejercido su derecho de libre escogencia, pues no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de su voluntad, sobre todo por su permanencia en el RAIS durante tantos años, especialmente cuando la decisión vulnera el conjunto normativo previsto especialmente en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y el Decreto 3800 de 2001, adicionalmente, todas las

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

conductas desplegadas por Colpensiones fueron de buena fe, con la plena convicción de estar obrando conforme a derecho.

### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admiten los recursos 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, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **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 el 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 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 y 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 desfavor de los consumidores financieros.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos 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 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, 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 11/11/1994 (Fl. 12); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 25/02/2004 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 18 y 71 Cd 301); y **iii)** el día 20/05/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 38)

Pues bien, a folios 18 y 71 (este último de la contestación allegada por Porvenir S.A. visible en el disco compacto de folio 301), se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 25/02/2004 con la AFP Porvenir S.A, el cual, si bien

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

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 Justicia<sup>1</sup>.

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 ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, 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 acertadamente lo indicó el recurrente en su recurso, la obligación o el deber de información al que están sometidas las AFP del RAIS ha tenido cambios o modificaciones a lo largo del tiempo, no obstante debe insistirse en que el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, tal como se transcribió y se puede ver textualmente de la jurisprudencia

---

<sup>1</sup>Según 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.

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

aludida en precedencia, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 25 de febrero del año 2004.

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 el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir 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.

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 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 PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Bravo Horta en el traslado que esta realizó en el mes de febrero de 2004, 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.

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

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

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.

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

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

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, debe advertirse que, contrario a lo argüido por Colpensiones en su recurso, la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, decisión 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 del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas 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, tal como lo analizó la Corte Suprema en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838).

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).

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 Porvenir S.A y Colpensiones, al haberse resuelto desfavorablemente los recursos presentados.

Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-

### 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 segundo** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP 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 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**

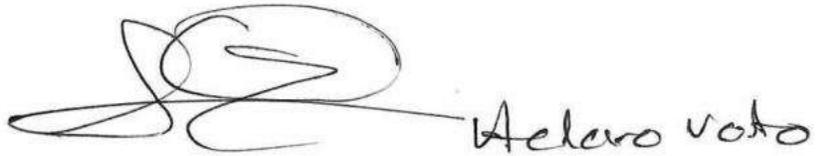
Código Único de Identificación: 11001310501620190067701

Demandante: MARÍA SANDY BRAVO HORTA

.Demandado: COLPENSIONES Y OTRA-



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

 *Aclaro voto*

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

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



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: María Sandy Bravo Horta  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-016-2019-00677-01

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

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

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

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS 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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 los apoderados de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad. Igualmente, solicita que COLFONDOS S.A. pague los perjuicios causados e, intereses moratorios.

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.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.**

### **1. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

**COLFONDOS S.A.** (fls. 75 a 105), 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 inexistencia del derecho reclamando, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la genérica o innominada.

Por su parte, **COLPENSIONES** (fls.143 a 151), también 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 validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica.

### **2. VINCULACIÓN DE PORVENIR S.A.**

Mediante providencia del 20 de enero de 2020, la A Quo dispuso vincular a PORVENIR S.A. (fl.210), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, afirmando que la mayoría de hechos no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica (documento 09).

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 27 de septiembre de 2021, declarando la ineficacia del traslado que hizo la actora el 01 de mayo de 1999 a través de PORVENIR S.A., y por lo tanto, que se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a la afiliación que se realizó a COLFONDOS S.A.; condenó a COLFONDOS S.A., a que transfiera al régimen de prima media todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración indexadas, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración indexadas, durante el tiempo que se encontró afiliada la demandante, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino a COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia, y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad; y condenó a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., al pago de las costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'890.000.

### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

#### **PORVENIR S.A.**

Estimó que no existe una falencia en la información suministrada a la demandante que permita declarar la ineficacia de traslado; que la decisión es contraria a la seguridad jurídica,

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

pues el único requisito exigible para la época de la afiliación de la actora, era el formulario de afiliación, no siendo dable anticiparse lo que se solicitaría con el paso del tiempo; que a la demandante no se le exige hacer un esfuerzo si quiera sumario para acreditar la nulidad que pretende, siendo una carga probatoria excesiva la que se le impone al fondo; que es bastante dudoso creer lo manifestado por la actora en su interrogatorio de parte, como que no conocía el pasó del I.S.S. a COLPENSIONES; que se recalca que existen actos de relacionamiento, y hay una preocupación de la actora de mantenerse en el régimen de ahorro individual; que los gastos de administración se descontaron por orden legal, que tenían como finalidad cubrir riesgos, pero no estaban destinados a la pensión de vejez de la actora; que resulta contrario restituir gastos de administración cuando se permite su retorno a COLPENSIONES, pues se genera un enriquecimiento sin justa causa, sin que para efectuarse un traslado daban ser remitidos estos rubros, tal y como lo dispone la Superintendencia de Comercio; que los gastos de administración están sujetos a prescripción; y que la imposición de costas, se debe compartir con COLPENSIONES pues se ha obrado de buena fe.

#### **COLFONDOS S.A.**

Adujo que la demandante suscribió un formulario con el fin de que un fondo privado lo administrara, actuando con pleno uso de su consentimiento, sin que se demostrara vicio de la voluntad, especialmente, un error de hecho; que COLFONDOS S.A. de buena fe aceptó el cambio de administrador; y que la condena en costas es excesiva pues actuó en cumplimiento de un deber legal.

#### **COLPENSIONES.**

Manifestó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado, afiliándose a Colpatria de manera libre, espontánea y voluntaria; que la actora al momento de la afiliación estaba construyendo su derecho pensional; que estaba suficientemente

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

informada, por demás que tenía el deber de informarse, acudiendo a las oficinas de las demandadas para ampliar la información que le fue suministrada; que han transcurrido más de 10 años desde la afiliación de la demandante, con lo que se ratifica su intención de permanecer en el RAIS; que cuando se elevó la solicitud de traslado, la actora se encontraba dentro de la prohibición legal de hacerlo, pues le faltaban menos de 10 años para acreditar la edad de pensión.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre 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 la parte actora, 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. Adicionalmente 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, se revisarán las condenas impuestas a Colpensiones en virtud del Grado Jurisdiccional de la Consulta.

#### **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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

Individual con Solidaridad; y si hay lugar a la imposición de costas a cargo de 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 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:

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

“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 3°, 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 perjudicarle
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”.

**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 disfavor 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:**

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

“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”.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual 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

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

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". (Negrillas por la Sala).

**e) 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."

**f) Posteriormente,** en relación con **los actos de relacionamiento,** la sentencia SL6588-2021, expuso:

"Ahora, debe aclararse que si bien la Corte ha considerado que ciertos actos como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, entre otros, pueden relacionarse con una señal nítida acerca del deseo de la persona de realizar una afiliación o bien desafiliarse del régimen o ente anterior (CSJ SL413-2018), y desde luego de permanecer en el fondo de su elección, esto es pertinente en un contexto fáctico en el que existan dudas razonables sobre esa

intención de afiliación o desafiliación o se discute la materialización del acto jurídico.

Este último escenario no es el que caracterizó a este asunto ni el que generalmente se discute en las acciones de ineficacia. De hecho, puede afirmarse con toda contundencia que el traslado de la persona del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad muestra, por regla general, un interés expreso - y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

Sin embargo, ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

(...)

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

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.

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, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

#### **CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 16 de mayo de 1996 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el documento 04; **ii)** Se trasladó a través de la A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR S.A. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 10 de marzo de 1999 (archivo 02 del documento 09); **iii)** Se trasladó de A.F.P. Colpatria a COLFONDOS S.A. el 10 de marzo de 1999 (fl.106); y **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 20 de abril de 2018, ante COLPENSIONES, la que se respondió de forma negativa (fls.22 y 23).

En el archivo 02 del documento 09 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 10 de marzo de 1999 con la A.F.P. Colpatria hoy 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup>.

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 que del mismo no es viable derivar una confesión, ; ni pueden derivarse consecuencias adversas para ésta.

Frente al 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 hechos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos 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 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

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

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, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora JEREZ VÁSQUEZ en el traslado que este realizó el 10 de marzo de 1999, 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.

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 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, 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 PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la actora, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, dineros pagados por seguros de invalidez, sobrevivientes, y garantía de la pensión mínima, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, y bonos pensionales;** rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados;** recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

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.

Por las mismas razones, también se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, pues le corresponde a **PORVENIR S.A.** no sólo deben devolver las sumas que obran en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, dineros pagados por seguros de invalidez, sobrevivientes y garantía de la pensión mínima, sino de igual forma **las sumas pagadas por concepto de comisiones y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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 actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

resulta improcedente someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales de la afiliada.

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 las **COSTAS**, se considera que hay lugar a su imposición en primera instancia, como quiera que 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 vencidas PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., resulta acertada su condena, tal y como lo impuso la A Quo. No siendo dable conocer en esta instancia procesal el valor de las costas respecto de las agencias en derecho, pues estas se liquidan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., y de existir algún tipo de inconformidad será en tal etapa que se agoten los respectivos recursos sobre tal decisión.

## **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

### **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 COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, dineros pagados por seguros de invalidez, sobrevivientes, y garantía de la pensión mínima, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, y bonos pensionales;** rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados.**

**SEGUNDO.** - **MODIFICAR el numeral tercero** 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, dineros pagados por seguros de invalidez, sobrevivientes, y garantía de la pensión mínima, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, y bonos pensionales;** rubros que en su totalidad deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

**CUARTO** - Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2018-00220 -01.

Demandante: **CLAUDIA ELISA JEREZ VÁSQUEZ.**

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

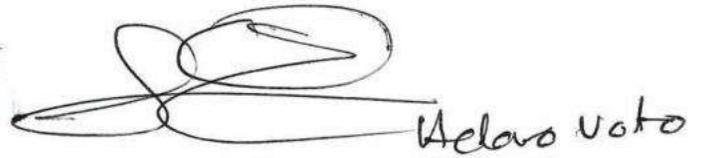
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



Del voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de cada una de las demandadas, PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Claudia Elisa Jerez Vásquez  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-039-2018-00220-01

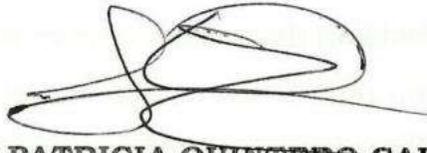
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de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

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

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

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 los apoderados de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHO** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” 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 COLPENSIONES la totalidad de los aportes depositados en la cuenta de ahorro

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

individual de la demandante; y que siempre ha permanecido afiliada a COLPENSIONES.

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.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (fls. 73 a 86), 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 inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (documento 02 del archivo 11), también 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, y la genérica.

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 07 de septiembre de 2021, declarando la nulidad del traslado realizado por la demandante el 23 de marzo de 2000 a PORVENIR S.A.; que PORVENIR S.A. debe a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

rendimientos que se hubieren causado; que COLPENSIONES reciba todos los valores que reintegre PORVENIR S.A.; e imponiendo costas a PORVENIR S.A., un salario mínimo.

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

##### **COLPENSIONES.**

Señaló que un trabajador tiene derecho a la libre escogencia de régimen pensional optando por el que más le favorezca, pudiendo trasladarse en los términos dispuestos por el legislador; que un error de derecho no vicia el consentimiento, por demás que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que se cumplieron los requisitos que la ley exigía para el momento del traslado, esto es, el formulario de afiliación, conforme normatividad de la Superintendencia de Sociedades; que la única inconformidad de la demandante es el valor de su mesada pensional; que el sistema pensional se descapitalizaría si se mantiene la decisión de ineficacia de traslado, pues la actora no ha contribuido a la formación de su pensión en el régimen de prima media, y sería a futuro beneficiaria de una pensión de vejez; y que no se devolver la totalidad de valores que recibió la A.F.P., como lo son rendimientos, cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, y otros, debidamente indexados.

##### **PORVENIR S.A.**

Dijo que no es dable aplicar el precedente pues debe tenerse en cuenta las circunstancias particulares de cada caso; que para la época del traslado no se tenía la obligación de documentar la asesoría, con documentos diferentes al formulario de afiliación, lo que encuentra asidero en concepto de la Superintendencia Financiera; que no obra vicio del consentimiento, pues está acreditado que a la demandante se le informó las consecuencias de su decisión, funcionamiento del RAIS, y sus condiciones

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

pensionales; que la actora era plenamente capaz, entendía lo que estaba haciendo, no siendo dable acudir al desconocimiento de la ley, pues esto no sirve de excusa; que la actora no puede excusarse en su negligencia, pues a la fecha ni siquiera sabe a qué fondo permanecer, dado que si COLPENSIONES no cumpliera con las expectativas de la actora, se podría estar frente a otro engaño; que si se declara una nulidad o ineficacia de traslado, y se parte de que el acto nunca existió, no se tiene frutos e intereses ni se debe devolver gastos de administración, pues estos se causaron como consecuencia de la afiliación, por demás que los últimos ya se pagaron, y los que se deben retornar son los aportes y sus rendimientos; que lo anterior, conforme a la teoría de las restituciones mutuas; que por las mismas razones no se debe devolver los valores pagados por seguros previsionales, pues se estaría frente a un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; que se debe tener la prescripción de los gastos de administración y/o seguros previsionales, pues no financian la pensión de vejez; y que las costas se deben imponer a las partes vencidas en juicio, incluyéndose a COLPENSIONES.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre 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 éstas, 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 el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y si hay lugar a la imposición de costas a cargo de 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 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

aportes 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 3°, 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

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

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.

**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 desvirtuarse 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.

**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

(...)

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 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 tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

### **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 01 de enero de 1996 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el documento 04 del archivo 01.2; **ii)** Se trasladó a la A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR S.A. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 23 de marzo de 2000 (fl.172); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 09 de marzo de 2018, ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las que respondieron de forma negativa tal solicitud, la que fue negada por estar pensionado (fls.4 a 12, 42 a 46, y documento 04 del archivo 01.2).

A folio 12 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de marzo de 2000 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 Justicia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

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 de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, pues sólo le informaron que el I.S.S. se iba a acabar y que era necesario su traslado de régimen pensional; 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 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 la A Quo en cuanto a dejar sin efectos el acto traslado de régimen, no obstante, se **MODIFICARÁ el numeral primero** del fallo, pues se declaró la nulidad o no la ineficacia del aludido traslado, siendo necesario tal modificación, 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, lo que configura la ineficacia de traslado, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso. En suma, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CASTAÑO OCHOA en el traslado que ésta realizó el 23 de marzo de 2000, 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.

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 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, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

de ineficacia de traslado del demandante, además de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, también se debe devolver los **gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y las sumas pagadas por concepto de comisiones;** 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.

Por las mismas razones, también se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, pues le corresponde a COLPENSIONES no sólo debe recibir cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sino también los **gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y las sumas pagadas por concepto de comisiones;** debidamente **indexadas.**

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 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 cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

pertenece 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 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 sexto** de la sentencia en el sentido de ADICIONAR que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

imponen costas de primera instancia a COLPENSIONES por resultar vencida en juicio.

#### **VII. COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

#### **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 primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que lo que se declara es la ineficacia de traslado, y no su nulidad, conforme lo explicado en la parte motiva de la decisión.

**SEGUNDO.** - **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 las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, también se debe devolver los **gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y las sumas pagadas por concepto de comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

**TERCERO.** - **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe recibir COLPENSIONES de PORVENIR S.A. con motivo de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-034-2018-00628 -01.

Demandante: **MARÍA DEL CONSUELO CASTAÑO OCHOA.**

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

declaración de ineficacia de traslado de la demandante, no sólo debe recibir cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sino también los **gastos de administración, seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y las sumas pagadas por concepto de comisiones; debidamente indexadas.**

**CUARTO** - **MODIFICAR el numeral sexto** de la sentencia, en el en el sentido de **ADICIONAR** que se imponen costas de primera instancia a COLPENSIONES.

**QUINTO.** -. **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**SEXTO.** -. 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.

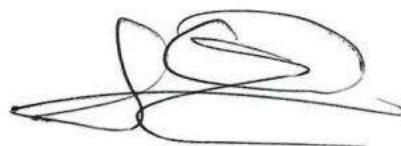
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



*Aclaro voto*

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: María del Consuelo Castaño  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-034-2018-00628-01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” y/o ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLFONDOS S.A. traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiere recibido, tales como, aportes, bonos pensionales, sumas adicionales con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00298 -01.

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

frutos e intereses, y rendimientos; y que COLPENSIONES lo reciba y lo tenga afiliado sin solución de continuidad.

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.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

**COLFONDOS S.A.** (documento 12), no se opuso a las pretensiones; no obstante, propuso como excepciones de mérito las que denominó buena fe, compensación y pago, y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (documento 16), 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 prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y declaratoria de otras excepciones.

## **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 22 de septiembre 2021, declarando ineficaz el traslado efectuado por al R.A.I.S. el 29 de noviembre de 1995 a través de COLFONDOS S.A.; que COLFONDOS S.A. debe trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos; que COLPENSIONES debe recibir los anteriores valores, y tenerlos como efectivamente cotizados como si nunca se hubiera trasladado. No impuso costas.

#### **IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre 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 la parte actora, 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 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 el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

#### **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 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 3°, 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

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS 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”.

**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

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

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.

**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

(...)

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 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.

### **CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 03 de marzo de 1988 presenta aportes, según la historia laboral obrante a folios 89 y 90 del documento 02; **ii)** Se trasladó a través de COLFONDOS S.A. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 29 de noviembre de 1995 (fl. 103 del documento 02); y **iii)** El 31 de agosto de 2017, el actor solicitó su traslado a COLPENSIONES; y **vii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 03 de junio de 2020, ante COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, las que respondieron de forma negativa tal solicitud, (fls. 91 a 102 y 106 a 114 documento 02).

A folio 103 del documento 02 se avizora el formulario de afiliación que el actor suscribió el 29 de noviembre de 1995 con COLFONDOS 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 Justicia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

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 el actor en su interrogatorio de parte, dado que de este no es viable derivar una confesión, pues si bien señaló conocer algunas características del régimen como que la existencia de una cuenta de ahorro individual que generaba rendimientos, y que se podían pensionar a una edad anterior a la que se establece el régimen de prima media, 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 éste, 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.

Frente al 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 hechos, como lo es cuando los hechos se refieren a aquellos 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.

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

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, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que COLFONDOS S.A. al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor BUITRAGO CORREDOR en el traslado que este realizó el 29 de noviembre de 1995, 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.

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 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, COLFONDOS S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del 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 primero de la sentencia a fin de ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que, dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00298 -01.

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

y rendimientos, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, y bonos pensionales;** 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 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 cargas 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.

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

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).

#### **VI. COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

#### **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,**

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO.** – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe trasladar COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes y rendimientos también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, y bonos**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00298 -01.

Demandante: **LUIS ALFONSO BUITRAGO CORREDOR.**

Demandado: **COLPENSIONES, Y COLFONDOS S.A.**

**pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

**SEGUNDO.** - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**TERCERO.** - 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.

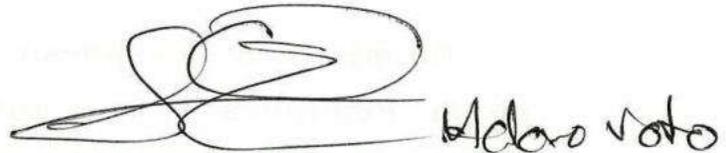
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Luis Alfonso Buitrago Corredor  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-015-2020-00298-01

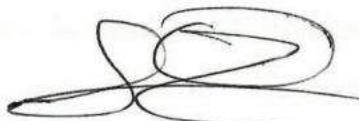
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes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

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

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

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN 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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 los apoderados de las demandadas, así como estudiar en Grado Jurisdiccional de la Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la “nulidad” de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de A.F.P. Colpatria hoy PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PROTECCIÓN S.A.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

traslade a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como, aportes, bonos pensionales, sumas adicionales con frutos e intereses, y rendimientos; y que COLPENSIONES lo reciba y lo tenga afiliado sin solución de continuidad.

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.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

**COLPENSIONES** (documento 02 del archivo 10), 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 errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción de la acción laboral; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público; y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (documento 02 del archivo 11), también 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (documento 02 del archivo 12), de igual manera 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 inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 11 de octubre de 2021, declarando ineficaz el traslado del demandante a través de PORVENIR S.A. con efectividad a partir del 01 de julio de 1994 al 30 de abril de 2000 y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. con efectividad del 01 de mayo de 2000; que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin que sea dable descontar suma por seguros provisionales, y para la garantía de la pensión mínima; que COLPENSIONES debe recibir los dineros aludidos, y reactivar la afiliación del demandante; que se declaran no probadas las excepciones propuestas; y que PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES deben asumir costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.890.000.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

#### **IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.**

##### **PORVENIR S.A.**

Dijo que se está en contravía del principio de seguridad jurídica, pues no se tiene en cuenta que brindó la correspondiente asesoría al demandante, pues obra formulario de afiliación que da cuenta al respecto; que en interrogatorio de parte se logra evidenciar que el accionante por su profesión podía conocer las consecuencias de su decisión, por demás que dio cuenta del conocimiento sobre el funcionamiento de los regímenes pensionales; que el hecho de hacer uso del mecanismo de pensión anticipada es un indicativo de que conocía el funcionamiento del RAIS; que el actor no actuó de forma diligente, pues presentó su solicitud de cambió de régimen ad portas de quedar inmerso en la prohibición legal de traslado por edad pensional; que el actor hizo tres traslado dentro del RAIS; y que deben ser valoradas las circunstancias particulares del demandante, pues contaba con conocimiento de circunstancias financieras.

##### **PROTECCIÓN S.A.**

Adujo que los descuentos por seguros previsionales son valores autorizados por la ley, por demás que surgen de la excelente administración que ha realizado el fondo, pues se generaron rendimiento por más de \$94'000.000; que por lo anterior, COLPENSIONES estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa; que en este tipo de traslado sólo resulta procedente la devolución de aportes y rendimientos, pues las aseguradoras que recibieron esos valores son terceros de buena fe; que se denotan cinco traslados, recibió doble asesoría y el demandante era experto en finanzas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

### **COLPENSIONES.**

Señaló que la carga de la prueba recaía en la parte actora, pues los vicios del consentimiento en ningún momento pueden trasladarse a las entidades; que COLPENSIONES es la más afectada por la orden de traslado, por sostenibilidad financiera; y que conforme a interrogatorio de parte, se establece que el actor solicitó su retractor pensional, por lo que, no es dable deprecar que desconocía las características de los regímenes pensionales, por demás que era Subgerente Financiero.

### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre 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 la parte actora, 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.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

## **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 el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **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 ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

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.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

**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 3°, 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.

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

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

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.

**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

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

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.

**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

(...)

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) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

**reasesorías posteriores**, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual 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.

(...)”. (Negrillas por la Sala).

**e) 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.”

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

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.

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, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

#### **CASO CONCRETO.**

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., pues desde el 21 de junio de 1984 presenta aportes, según la historia laboral obrante en el documento 03 del archivo 01; **ii)** Se trasladó a la A.F.P.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

Colpatria hoy PORVENIR S.A. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 05 de junio de 1994 (documento 02 del archivo 11); **iii)** Efectuó traslados dentro del R.A.I.S. así: de A.F.P. Colpatria a PORVENIR S.A. el 30 de enero de 1998; de PORVENIR S.A. a A.F.P. Colpatria el 07 de agosto de 1999; de A.F.P. Colpatria a PROTECCIÓN S.A. el 16 de marzo de 2000 (documentos 02 de los archivos 11 y 12); **iv)** El 13 de diciembre de 2016 le fue reconocida pensión de vejez al actor por parte de PROTECCIÓN S.A. (documentos 02 de los archivos 11 y 12); v) el 30 de agosto de 2017, PROTECCIÓN S.A. manifiesta que no se grabó la finalización del trámite de reconocimiento pensional, que se cambió la condición del actor de pensionado a afiliado activo, y que no es dable acceder a la solicitud de traslado, ya que debía acudir a COLPENSIONES a realizarlo; **vi)** El 31 de agosto de 2017, el actor solicitó su traslado a COLPENSIONES; y **vii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 18 de octubre de 2019, ante PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, las que respondieron de forma negativa tal solicitud, la que fue negada por estar pensionado (documento 03 del archivo 01).

En el documento 02 del archivo 11 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05 de junio de 1994 con A.F.P. Colpatria hoy 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 Justicia<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

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 el actor 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 la cuenta de ahorro individual era de él y la existencia de un bono pensional, 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 éste, 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.

Del mismo modo, los diferentes traslados que realizó el demandante a PORVENIR S.A., A.F.P. Colpatria, y PROTECCIÓN S.A., no son suficientes para tener por convalidado el traslado del accionante al R.A.I.S., pues conforme a la jurisprudencia relatada el acto que se debe verificar es el inicial, esto es, el acaecido el 05 de junio de 1994, ya que es allí donde se verifica si se cumplió el deber de información; misma circunstancia que es dable deprecar de la profesión del actor, pues si bien se graduó como Contador y tenía conocimientos financieros, según mencionó en interrogatorio de parte, para el 05 de junio de 1994, apenas era estudiante, por lo que no es dable derivar que tuviera conocimiento de las consecuencias de su decisión, siendo necesario que se le brindara para tal momento información suficiente de las características de los regímenes pensionales, así como sus ventajas y desventajas.

Así mismo, y en lo referente a la asesoría que el actor recibió y que generó en un primer momento el reconocimiento de una pensión el 13 de diciembre de 2016, debe decirse que dicho

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

reconocimiento no surtió efectos, pues pese a que no se allegó el desistimiento del actor sobre el mismo, el 30 de agosto de 2017, PROTECCIÓN S.A. aceptó que el actor no estaba pensionado y cambió tal condición a la de afiliado activo. Igualmente, no se observa que el demandante hubiera aceptado en interrogatorio de parte que el asesor de A.F.P. Colpatria informó frente al traslado del 05 de junio de 1994 que podía pensionarse anticipadamente, aspecto que en todo caso, sería insuficiente para tener por acreditado el deber de información, pues es tan sólo una de las varias características que se le debió informar al actor.

De igual manera, no se entiende cómo PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES no aceptaron la solicitud de traslado elevada por el actor el 30 y 31 de agosto de 2017, respectivamente, pues como se dijo, éste no se encontraba pensionado, tal y como lo aceptó PROTECCIÓN S.A. el 30 de agosto de 2017, y para las fechas de las solicitudes aludidas, el accionante aún no había cumplido la edad de 52 años, pues nótese como éste nació el 03 de septiembre de 1965, por lo que para el 31 de agosto de 2017, tenía la edad de 51 años, 11 meses, y 27 días (documento 03 del archivo 01); circunstancia de la que no se puede derivar descuido por parte del demandante como lo sustenta la apoderada de PORVENIR S.A., pues nada impide que pueda efectuar su solicitud de traslado estando cerca de la fecha de cumplir la edad de 52 años, y sí de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES pues de hacer un estudio adecuado de la situación del actor pudieron efectuar el traslado desde ese momento, no obstante, lo que se verifica es un actuar renuente de cada uno de estas entidades a salvaguardar los derechos de los trabajadores afiliados, como el demandante.

En igual sentido, se advierte que el interrogatorio de la representante legal de los representantes legales de PROTECCIÓN S.A. y 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN 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 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, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor DÍAZ GARCÍA en el traslado que este realizó el 05 de junio 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN 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 del 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, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del 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 PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, y bonos pensionales;** 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.

Por las mismas razones, también se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, pues le corresponde a **PORVENIR S.A.** no sólo deben devolver los sumas descontadas por seguros previsionales y para la garantía de pensión mínima, sino de igual forma **las sumas pagadas por concepto de gastos de**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

**administración, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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 actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo 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”.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

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).

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de los aportes, rendimientos, gastos de administración, y los valores descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, también se debe devolver **las sumas pagadas por concepto de comisiones, y bonos pensionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

**SEGUNDO.** – **MODIFICAR el numeral tercero** 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 del demandante, no sólo deben devolver los sumas descontadas por seguros

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-039-2020-00428 -01.

Demandante: **JUAN CARLOS DÍAZ GARCÍA.**

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

previsionales y para la garantía de pensión mínima, sino de igual forma **las sumas pagadas por concepto de gastos de administración, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

**CUARTO.** -.Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, 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**

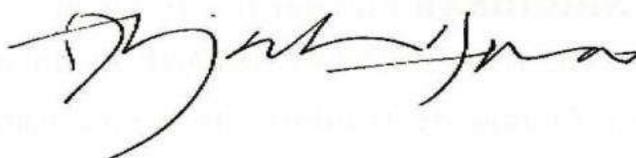


Aclaro voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de cada una de las demandadas, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Juan Carlos Díaz García  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**039-2020-00428-01**

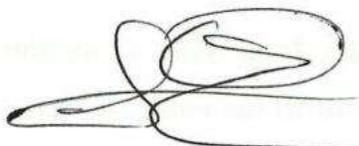
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de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

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

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

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE LEGUIZAMÓN CUERVO** promovió contra **ECOPETROL S.A.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 8 de enero de 1985 (sic) al 31 de marzo de 2015; que se ha vulnerado el principio a trabajo igual, salario igual; que las sumas recibidas por concepto de estímulo del ahorro tienen carácter salarial o en subsidio, que la cláusula en la que se estableció que no tenía tal carácter es ineficaz; y que nunca existió autorización para que se le retuviera parte de su salario. Como consecuencia de lo

anterior, solicita el reajuste de su pensión plena de jubilación, prima convencional semestral, prima de vacaciones, prima de antigüedad, quinquenio, prima legal, cesantías, intereses a las cesantías, bono variable por productividad, incapacidad médica, amparo por muerte, ingreso monetario a portes a Cavipetrol, 99 días de salario pagados en virtud del parágrafo 3° del artículo 118 convencional; y sanción moratoria.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Laboró para ECOPETROL S.A. del 07 de enero de 1986 al 31 de marzo de 2015; **2)** Desempeñó cargos de nivel convencional y directivo; **3)** En 2006 se hizo un estudio de la política salarial de ECOPETROL S.A. por parte de HAY GROUP, quien reveló que los salarios estaban por debajo de la media del sector; **4)** Con el fin de disminuir la brecha salarial del sector mediante Acta 075 del 05 de octubre de 2015, se dispuso una política de compensación, en la que se implementó el rubro denominado estímulo al ahorro, lo que fue debidamente comunicado a los trabajadores; **5)** A efectos de pagar el estímulo al ahorro, ECOPETROL S.A. diferenció a sus trabajadores en cuatro grupos: i) sin retroactividad de cesantías y sin jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010; ii) sin retroactividad de cesantías y con posibilidad de jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010; iii) con retroactividad de cesantías y sin jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010; y iv) con retroactividad de cesantías y con jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010; **6)** Se encontraba en el grupo iv, en el que el mecanismo de compensación fue el estímulo al ahorro, cuyo valor resultaba de la diferencia habida entre el salario básico actual y el salario objetivo, al que se llegaba luego de tres aumentos graduales sucesivos en tres etapas en un año, hasta llegar al salario objetivo del -20% del sector; **7)** El estímulo del ahorro se propuso formalmente en diciembre de 2007, comunicación en la que también se señala su exclusión salarial; **8)** El estímulo del ahorro sólo se entregaba a favor de trabajadores que abrieran una

cuenta A.F.C.; **9)** Entre el 01 de junio de 2008 y el 01 de marzo de 2009 desempeñó el cargo de Profesional Operaciones CCMO: Centro de Control Maestro de Operaciones (Job Grade 7); **10)** El 02 de marzo de 2009 fue ascendido a Jefe de Turno (Job Grade 8), pero devengando el salario de su anterior cargo, pues lo único que aumentó fue el valor del estímulo al ahorro; **11)** Le reconocieron prestaciones legales y convencionales, así como pensión de jubilación con base en el salario ordinario; y **12)** Elevó reclamación administrativa, solicitando el reajuste de sus prestaciones y de su pensión de jubilación el 10 de marzo y 25 de agosto de 2010, 09 de julio de 2012, 04 de agosto de 2016; a los que se le dio respuesta el 31 de marzo y 14 de septiembre de 2010, 26 de julio de 2012, y 04 de agosto de 2016, respectivamente.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**ECOPETROL S.A.** (fls. 525 a 579), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento injusto, prescripción, buena fe, y la genérica.

Aceptó que el actor laboró a su servicio del 07 de enero de 1986 al 31 de marzo de 2015; que la política de compensación fue puesta en conocimiento de los trabajadores; que el demandante se encontraba dentro del grupo iv, esto es, aquellos que gozan de retroactividad de cesantías y con pensión de jubilación a cargo de la empresa para el 31 de julio de 2010; y que el actor presentó diversas reclamaciones, solicitando el reajuste de sus prestaciones y de su pensión de jubilación el 10 y 31 de marzo, 25 de agosto, y 14 de septiembre de 2010, 09, 26, y 30 de julio de 2012, 04 de agosto de 2016. No aceptó los demás hechos.

Manifestó que en virtud de las disímiles condiciones laborales existentes al interior de la empresa derivados de los regímenes de cesantía y pensiones, se establecieron diversas formas de aplicación de la política de compensación, que permitieron un incremento efectivo anual en el ingreso monetario para los trabajadores tomando como referente el -20% de la media del sector petrolero en Colombia; que no puede deprecarse igualdad de personas que gozan de diferentes regímenes de cesantías y de pensiones; que la política de compensación diseñada por mera liberalidad es ajena y no se relaciona con los ajustes anuales sobre el salario básico y menos tiene como fin nivelar salarios, pues tuvo como fin revisar la competitividad de la compensación de la empresa respecto del mercado petrolero; y que siempre ha obrado de buena fe, pagando los correspondientes salarios y prestaciones sociales que han estado a su cargo.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 18 de mayo de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo, estar demostrado que entre las partes se pactó un estímulo al ahorro, que consistió en unos aportes voluntarios al fondo de pensiones del trabajador y que dicho estímulo no tendría carácter salarial, ; que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia el estímulo al ahorro no tiene carácter salarial, pues no se paga como contraprestación del servicio, sino para cubrir los gastos de vejez, el que además se implementó con la finalidad de otorgar un beneficio que hiciera que ECOPETROL S.A. fuera más competente frente las demás empresas del sector petrolero, tratando de equiparar cuatro grupos que por sus condiciones eran diferentes, al gozar algunos la posibilidad de acceder a un régimen retroactivo de cesantías o pensión de jubilación; que ECOPETROL S.A. trató de manera igual a los trabajadores de los cuatro grupos, pues se reconoció

el estímulo del ahorro dependiendo de sus circunstancias laborales especiales, además de que era un pago entregado a un fondo de pensiones y no al trabajador; que de los testigos comparecientes se logra desprender que no es cierto que existieran compañeros del actor que fueron ascendidos y que hubieren recibido remuneraciones superiores; y que el precedente jurisprudencial narrado es aplicable, pues no es dable establecer que se está frente a un caso diferente y que existan situaciones fácticas o jurídicas realmente relevantes.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

La **parte actora** manifestó que con la sentencia se aplicó una política de compensación que finalizó en 2008, la que después de vencida se pretende aplicar hacia al futuro, lo que no corresponde; que fue descartada la proporcionalidad entre el estímulo al ahorro y el salario, empero, no se puede desconocer que posteriormente entre estos pueda existir una diferencia mayor entre beneficios y salario; que también fue descartado el principio trabajo igual, salario igual, no obstante, no es dable tener dos trabajadores con exactamente las mismas condiciones laborales, pues al haber sido ascendido el actor esto debió ser un argumento de diferencia en sus salarios; que los testigos y el actor hacían dos cosas iguales, y no ganaban lo mismo; y que con la firma del pacto salarial se entiende que se da un cheque en blanco a la empresa, y con ello, ésta puede hacer lo que quiera, incluyendo el tema de pensionar al actor con el salario de un cargo anterior, pues no aumentó su salario sino solamente el valor del estímulo del ahorro.

#### **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 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 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.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar: i) si el rubro pagado por estímulo del ahorro debe ser tenido en cuenta como salario; y ii) si hay lugar a nivelar el salario del actor, bajo el principio de a trabajo igual, salario igual.

### **SALARIO. ESTÍMULO DEL AHORRO.**

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye **salario** no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación**

**directa del servicio**, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes, sentencias del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, por citar algunas.

Del mismo modo, la jurisprudencia de cierre tiene sentado que, **es el empleador quien tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador, ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente**, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (SL12220-2017, SL1437-2018, SL5159-2018, y SL4663-2021).

En sentencia SL4866-2020, se indicó que:

“al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, deberá demostrar que los pagos estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio.//De ahí, que para la Sala, el solo dicho del empleador sin prueba alguna que acredite sus manifestaciones, carecen del mérito suficiente para descartar la naturaleza salarial del estipendio económico entregado de manera habitual y constante en la cuenta de ahorros del trabajador, en igualdad de condiciones al pago efectuado del salario básico”.

Ahora, y en lo que respecta al estímulo del ahorro tiene dicho la jurisprudencia de la misma corporación que, este se aleja del concepto de contraprestación directa del servicio que define el artículo 127 del C.S.T. para que adquiriera la connotación salarial, pues no es entregado directamente al trabajador para que disponga de esos dineros a su arbitrio, tal y como acontece con el salario, sino que se efectivizaba a través de una cuenta de pensión voluntaria en el fondo de pensiones voluntarias, cuyo titular era el trabajador, valores que por disposición de los artículos 62 y 63 de la Ley 100 de 1993, este último modificado

por el 49 de la Ley 1328 de 2009, también pueden tener como destino el incremento de la mesada inicial de su pensión o un retiro programado. En sentencia SL1405-2015, se explicó:

“Sobre el particular, es decir, el paquete de beneficios ofrecido por la empresa, no cabe duda, y no fue materia de discusión, que la señora Triana de Quintero se favorecía del «bono de desempeño» y del «aporte voluntario a fondo de pensiones». Este último consiste en que por cada peso que ahorre el trabajador, la empresa contribuye con otro, con un máximo del 8% del salario básico mensual, lo cual se canalizaba a través de un fondo de pensiones autorizado por la ley (Folio 115 del cuaderno principal).

Ese aporte, según dicho Manual, tiene como objetivo permitir que los empleados de la demandada mejoren los niveles de ahorro para el fortalecimiento de su estabilidad económica en el largo plazo (Folio 114), en otras palabras, constituye un estímulo al ahorro, lo cual se aleja del concepto de contraprestación directa del servicio que define el artículo 127 del CST para que adquiera la connotación salarial.

Confirma el anterior aserto el hecho de que los pagos efectuados por la demandada a la accionante por concepto de “FVP aporte empresarial” como estímulo al ahorro, no se los entregaba directamente para que dispusiera de esos dineros a su arbitrio, tal y como acontece con el salario y con la mayoría de las prestaciones sociales, puesto que según la prueba documental que corre a folios 261 a 300 del cuaderno de primera instancia, esos “aportes voluntarios de ahorros” como los define el Manual de Beneficio Flexibles (Folio 114), se efectivizaban a través de una cuenta de pensión voluntaria en el Fondo de Pensiones Voluntarias Skandia, cuya titular era la señora Triana de Quintero, valores que por disposición de los artículos 62 y 63 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el 49 de la Ley 1328 de 2009, también pueden tener como destino el incremento de la mesada inicial de su pensión o un retiro programado”.

De igual manera, en la sentencia SL1399-2019, se puntualizó:

“[...]no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del estímulo al ahorro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió la actora a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL «basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna [...]», f.º 7.

Así las cosas, al tenor de la normativa aludida, y la orientación de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró de manera simplista que por el hecho de percibir una suma de dinero en forma habitual del empleador, era salario y que al parecer-porque no se detuvo en ese análisis fáctico- lo percibían algunos trabajadores como factor salarial, existía discriminación salarial, cuando debió realizar el juicio hermenéutico de estas normas para determinar con absoluta razonabilidad que el estímulo al ahorro acordado por los sujetos contractuales no era entregado por la empleadora a la trabajadora para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional”.

En armonía con lo anterior, la suscripción de la cláusula en la cual se pactó la exclusión como factor salarial, del pago por concepto de “estímulo al ahorro”, en principio puede ser catalogado como no constitutivo de salario, y tendrá plena eficacia a menos que obre en el expediente elementos adicionales que permitan determinar que se pagaba como contraprestación al servicio ejecutado por el trabajador.

#### **NIVELACIÓN SALARIAL.**

Al respecto, sea lo primero indicar que el principio “*a trabajo igual, salario igual*” no es absoluto ni de aplicación literal e inexorable, sino que exige que el puesto desempeñado, la jornada y las circunstancias de eficiencia en que se presta el servicio devengan en condiciones de igualdad plenamente demostradas o fundadas en razones de **capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor o de rendimiento en la obra**, tal y como lo consagra el artículo 5 de la Ley 6 de 1945, en armonía con el 143 del C.S.T.

Así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de mayo de 2005, Rad. 23148, reiterada el 18 de mayo de 2009 y el 06 de mayo de 2015, Rads. 33673 y 46853, respectivamente, entendió que es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén

fundadas en **razones objetivas**, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc. En la última sentencia aludida se expuso:

“La jurisprudencia de esta Sala ha enseñado que:

*... es legítimo que existan diferencias razonables en la remuneración de los trabajadores, siempre y cuando estén fundadas en razones objetivas, como el régimen jurídico que se les aplica, o surgidas de aspectos relativos a la cantidad y la calidad del trabajo realizado, tales como la antigüedad del trabajador, la capacidad profesional, las condiciones de eficiencia, el rendimiento, la jornada laboral, etc.*

*Y esos elementos que justifican el trato diferente no han quedado totalmente al arbitrio del empleador, pues la ley se ha encargado de establecer en cuáles casos debe existir igualdad en la remuneración y los factores laborales que dan derecho a esa igualdad.*

*En el caso de los trabajadores oficiales, condición laboral que ostentaba la actora, el citado artículo 5° de la Ley 6ª de 1945, que para el recurrente fue equivocadamente entendido, en lo pertinente señala: “ La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales”. (CSJ SL -de 10 de junio de 2005.-Radicado, 24272.)*

En SL CSJ de enero 23 de 2007; radicado, 27724; se dijo:

*Reiteradamente lo ha señalado la doctrina constitucional que una de las dimensiones del derecho a la igualdad es el de la discriminación, puesto que evidentemente la práctica de estas conduce a la violación de la igualdad material; en el mundo del trabajo los derechos y las libertades, por los que se realiza la dignidad humana del trabajador, y se le reconocen los derivados de su trabajo como la remuneración, en cualquiera de sus manifestaciones, no puede ser otorgados haciendo diferenciaciones odiosas, acudiendo a las categorías de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, para dar por ellas trato de inferioridad, pero no por sólo las anteriores que enumera de manera expresas el artículo 13 de nuestra Carta Política, sino también por circunstancias que carezcan de justificación razonable, por las que las decisiones del empleador al tasar los derechos laborales se convierten en ejercicio de arbitrariedad.*

Y en un pronunciamiento más reciente SL 6217 -2014 26 de noviembre de 2014; radicado.- 45830; se expresó:

(...)

*B. Los criterios de valoración para determinar un trato igualitario.*

*Ha de darse un tratamiento igual (en beneficios o cargas), cuando dos entes u objetos compartan uno o varios elementos comunes, con base en los cuales se predique su igualdad. Al respecto, esta Sala, en sentencia de anulación del 4 de diciembre de 2012, Rad. 55501, se expresó así:*

*(...) En otras palabras, la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, exige tratamiento igualitario en materias salariales y prestacionales para los trabajadores dentro de un mismo contexto laboral, cuando los trabajadores se encuentren en igualdad de condiciones.*

*Lo anterior quiere decir que no son admisibles tratos diferenciados en temas salariales, prestacionales, en oportunidades de promoción, en seguridad y salud ocupacionales, en formación, etc., cuando esos tratos se basen en motivos irrelevantes –o sea, no objetivos-, pues en tales casos el trato será discriminatorio.*

*Por el contrario, no se atentará contra el principio de igualdad y no discriminación, cuando a cierta persona o colectivo de personas se otorgue un trato diferente, pero basado en motivos razonables y legítimos, o relevantes (por ejemplo, una remuneración mayor para quienes tengan más altos niveles de responsabilidad, o con mejor productividad, etc.; o determinados beneficios o auxilios familiares para quienes tengan específicas o mayores responsabilidades en ese campo, etc.)*

Entonces si, como lo señalare la doctrina de esta Sala, «*las diferencias en las retribuciones de trabajadores que desempeñen iguales o semejantes trabajos, solo podrán justificarse cuando ellas obedezcan a criterios objetivos,*» y aparece demostrado en el proceso que la diferenciación salarial reconocida y declarada no fue fruto de una caprichosa, antojadiza y particular decisión de la empleadora en beneficio del trabajador Orozco sino que, por el contrario, obedece a motivaciones asociadas a la reestructuración administrativa determinada a su vez por las modificaciones tecnológicas descritas; se concluye que no se equivoca el tribunal al establecer que asistieron a la empresa razones objetivas que explican y justifican el cuestionado desnivel del ingreso entre demandantes y el trabajador en referencia.

Es de colegir entonces, que la aplicación del renombrado principio entraña una certera comprobación de la igualdad de condiciones en que desarrolla la labor el trabajador que alega un trato discriminatorio y la de aquél que es objeto de comparación, pues sólo dados tales presupuestos será posible una aplicación razonable de los artículos citados, es decir, los artículos 5 de la Ley 6 de 1945 y 143 del C.S.T.

Ahora bien, la misma corporación en sentencias del 05 de febrero y 10 de diciembre de 2014, Rads. 39858 y 44317 reiterando las sentencias del 25 de septiembre de 1997 y 16 de noviembre de 2005, Rads. 9255 y 24575, respectivamente tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio *“a trabajo igual salario igual”*, tiene por carga probatoria demostrar el cargo que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo cargo con similares funciones y eficiencia; y que le corresponde al empleador justificar la razonabilidad del trato, inclusive tratándose de relaciones de trabajo causadas antes de la modificación introducida al artículo 143 del C.S.T, por el artículo 7 de la Ley 1496 de 2011, según el cual, *“todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación”*.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

##### **De lo probado en el proceso:**

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a que: **i)** El actor se vinculó al servicio de ECOPETROL S.A. mediante contrato de aprendizaje el 08 de enero de 1985 (fls. 119 a 121); y a partir del 07 de enero de 1986 es vinculado mediante contrato de trabajo como Operador de Estación (fls.113 a 118); **ii)** El 05 de octubre de 2007, se celebró el Acta 075 de 2007, en la que se dispuso la implementación de una política de compensación, en la que se incluyó el rubro denominado *“estímulo al ahorro”* (fls. 691 a 707); **iii)** Entre el 02 de marzo de 2009 y el 31 de marzo de 2015, el actor desempeñó el cargo de Jefe de Turno CCMO en la unidad organizativa Coord. Centro Control Oper. Princ y Alte. (fls.366 y 620); y **v)** El 31 de marzo de 2015, al actor se le dio terminación de su contrato de trabajo, por cuanto se le reconoció pensión de jubilación

convencional a partir del 01 de abril de 2015 (fls. 372 y 377 a 379).

Adicional a la documental obrante a folios 43 a 488, 618 a 618 a 771 al proceso comparecieron a rendir declaración **Rodrigo Salazar Sánchez e Ismael Enrique Leal Guzmán**, quienes manifestaron:

**Rodrigo Salazar Sánchez** dijo que trabajó en ECOPETROL S.A. por 33 años; que se encuentra en un traslado temporal por tres años en otra empresa; que en ECOPETROL S.A. estuvo hasta 2020; que cuando se hizo el aumento del año 2007, llegó con la política del estímulo al ahorro; que la anterior política fue trazada por la empresa, fue impuesta; que esa política consistía en que a las personas que tenían retroactividad en las cesantías, les daban una parte al estímulo al ahorro, y otra parte, como salario directo; que cuando les llegó la carta de aumento salarial, ahí venía un ítem de que podían negociar ese estímulo al ahorro para que fuera directo al salario, siempre y cuando se negociara la retroactividad de las cesantías; que ECOPETROL S.A. decía que ese dinero se estaba consignado en un fondo de ahorro; que conoció al actor, pues trabajó con él un espacio de tiempo; que el actor tenía el cargo de supervisor de consola y después pasó a ser jefe de turno; que él fue Jefe de Turno en 2006 y el estímulo al ahorro se dio en el 2007; que por un periodo de tiempo corto, las funciones entre el demandante y él fueron *diferentes* porque éste llegó a trabajar al centro de operaciones de ECOPETROL S.A. y él ya tenía un poco más de *antigüedad* y por eso asumió cuando se dio la oportunidad el cargo de jefe de turno; que eran cuatro jefes de turno, intercambiaban turnos cada 12 horas, y de acuerdo al esquema laboral que tenían en el centro de operaciones, les entregaban el turno; que no tiene pensión convencional; que no sabe si el demandante firmó otro sí sobre la exclusión salarial del estímulo al ahorro; que recibió retroactivo de cesantías hasta 2013; y que pertenecía al grupo II

del cual ECOPETROL S.A. señaló que debía recibir el estímulo al ahorro.

Por su parte, **Ismael Enrique Leal Guzmán** explicó que demandó a ECOPETROL S.A. por el estímulo del ahorro; que se pensionó por ECOPETROL S.A. en mayo de 2015; que en la política del estímulo al ahorro estuvo en el grupo IV; que su último cargo fue jefe de turno del centro de control maestro de operaciones de Ecopetrol de la vicepresidencia de transporte; que ese cargo lo desempeñó desde 2003 hasta el 2015; que ese cargo de jefe de turno por organigrama estaban definidas cuatro personas para el cargo; que Rodrigo Salazar tuvo ese cargo después que él, y el actor también; que el estímulo al ahorro fue una plata que les daba la empresa para consignar en un fondo de pensiones, no recibían incremento salarial; que la proporción de su salario al estímulo al ahorro era del 50% como salario básico, y 50% al estímulo al ahorro; que tenía los mismos horarios y se intercambiaban turnos con el actor, ya que tenían las mismas funciones, obligaciones, reportes, y atender las mismas solicitudes;; y que frente al estímulo al ahorro hubo cartas y comunicaciones que envió la empresa cuando aplicó esa política, obligando a firmarla, sino no se hacía la bonificación o no llegaba el dinero al fondo de pensiones.

Sentadas las anteriores premisas, y del acervo probatorio reseñado, se hace necesario destacar que al plenario se anexó comunicación remitida al demandante, en la que entre otras situaciones, la sociedad convocada le informa sobre la aprobación de un estímulo al ahorro; revisada dicha misiva se advierte, que fue suscrita por el demandante aceptando sus condiciones, y en el que se precisa lo siguiente (fls. 168 y 169):

“La empresa en aplicación de la nueva Política de Compensación, basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna, ha aprobado un Estímulo al Ahorro económico mensual, a través de aportes voluntarios a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones (AFP) que usted elija, por una suma inicial

de \$923.200 que será variable y condicionada en función de la política.

En ese sentido, se somete a su consideración la siguiente cláusula adicional a su contrato individual de trabajo: *“sobre el monto del estímulo del ahorro efectuado por el empleador, de conformidad el artículo 15 de la ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes acuerdan que no tiene carácter salarial para ningún efecto”*

En señal de aceptación y con el propósito de perfeccionar el reconocimiento, le agradecemos enviar a la Regional de Gestión Humana y/o Coordinación de Servicios al Personal respectiva de la Dirección de Relaciones Laborales y Desarrollo copia firmada de esta comunicación junto con la copia de la afiliación a la AFP de su elección (...)

De la lectura del medio de convicción acabado de reproducir, se evidencia que el promotor del proceso y la sociedad convocada a juicio, en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 128 del C.S.T., acordaron el pago de un estímulo al ahorro de carácter variable, el cual se cancelaría por aportes voluntarios a través del fondo de pensiones que cada trabajador eligiera y manifestaron de forma expresa que no constituiría salario. Asimismo, da cuenta que el trabajador aceptó el ofrecimiento, pues lo firmó en señal de aceptación.

Entonces, frente al pago que se efectuaba a través del fondo de pensiones de la preferencia de cada trabajador, es posible concluir, conforme el caudal probatorio, que ese beneficio no fue otorgado para retribuir el servicio del demandante y, por ende, era válido excluir dicha prerrogativa de la base salarial para liquidar las prestaciones sociales y la pensión de jubilación. Así, emerge del documento contentivo del acuerdo entre las partes, el que no brinda elementos contundentes a partir de los cuales pueda derivarse que el estímulo al ahorro tuviese naturaleza salarial, por demás que sobre el consentimiento aludido, no se alega ni aparece demostrado que el consentimiento del trabajador hubiese estado viciado de error, fuerza o dolo.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que el valor pagado por concepto de estímulo del ahorro no lo percibe el actor de

manera directa, pues es consignado a la A.F.P. de su elección, coligiéndose que no ingresa directamente a su patrimonio sino a una cuenta en el Fondo de Pensiones Voluntarias del fondo privado por el que optó.

Así las cosas, lo que debe aparecer demostrado es que el rubro denominado estímulo del ahorro se pagaba como contraprestación del servicio, así se reconozca de forma periódica e inclusive sobre un valor igual o superior al reconocido por concepto de salario, esto es, según lo expone el impugnante, al evidenciarse proporcionalidad entre dichos valores. Por ello resulta pertinente resaltar lo que al respecto dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1156-2022:

“Además de lo anterior, es importante memorar que ya la Corte se ha pronunciado sobre la validez y eficacia de estos acuerdos específicos, en la medida que su finalidad no es retribuir directamente el servicio de los trabajadores de Ecopetrol S.A., no obstante, su periodicidad en el pago y que, eventualmente, como afirma la recurrente, correspondiera a más del 50% de su salario. En efecto, en sentencia CSJ SL1399-2019, expresó:

*Luego, no todo pago que recibe el trabajador constituye salario, sino que para determinar su carácter, no basta con que se entregue de manera habitual o que sea una suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado, característica que no se predica del estímulo al ahorro por cuanto como se indicó, se trató de una suma de dinero que percibió la actora a través de aportes voluntarios que le eran consignados al fondo de pensiones al que pertenecía, cuyo origen fue la política de compensación salarial que estableció ECOPETROL «basada entre otros aspectos en la competitividad externa con el mercado laboral del sector petrolero y en criterios de equidad interna [...]», f.º 7.*

*Así las cosas, al tenor de la normativa aludida, y la orientación de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de las disposiciones acusadas, por cuanto consideró de manera simplista que por el hecho de percibir una suma de dinero en forma habitual del empleador, era salario y que al parecer-porque no se detuvo en ese análisis fáctico- lo percibían algunos trabajadores como factor salarial, existía discriminación salarial, cuando debió realizar el juicio hermenéutico de estas normas para determinar con absoluta razonabilidad que el estímulo al ahorro acordado por los sujetos contractuales no era entregado por la empleadora a la trabajadora para remunerar el servicio prestado, sino para mejorar su ingreso en función de un evento futuro, relacionado con su situación pensional.”*

En igual sentido, frente a la Política de Compensación, ECP-VTH-D-001 de octubre de 2008 y Política Compensación, ECP-VTH-D-001 de febrero de 2009 (fls. 672 a 682 y 691 a 699), estas documentales, indican que su finalidad era la de desarrollar la *“política en materia de compensación fija”* señalada por la junta directiva de ECOPETROL S.A., estableciendo los conceptos para su administración, con criterios de competitividad y equidad interna, para lo que resultaba apenas razonable efectuar una valoración de cargos dentro de la empresa, dado que, al haberse identificado varios grupos poblacionales de trabajadores con diversas condiciones laborales y pensionales, concretamente cuatro, era necesario evaluarlos para determinar con criterios racionales y equitativos la correspondiente estructura de dicha compensación a implementar; probanzas de las que por demás se puede derivar que el estímulo del ahorro, se reitera, no tiene como fin la contraprestación de un servicio, por el contrario surge como una alternativa en razón a la alta competitividad presentada en el sector petrolero y con el fin de no perder el talento humano de la empresa; y que a través de esta se pretendió garantizar el principio de igualdad entre grupos de trabajadores con regímenes prestacionales diferentes, logrando que dos personas que desempeñan el mismo cargo o uno equivalente reciban el mismo ingreso monetario, para lo cual se clasifica a los trabajadores en cuatro grupos diferentes, teniendo en cuenta factores objetivos como la antigüedad del pago cesantías y el derecho a la pensión de jubilación.

La anterior conclusión, también es dable colegirla del Acta 075 de la Junta Directiva de Ecopetrol S.A. (fls.700 a 707), de la que se observa que lo único que hizo fue justificar la política de compensación que dio lugar al pago de estímulo al ahorro y no da cuenta de que dicho estímulo en realidad retribuyera el servicio de forma inmediata, por lo que, tampoco resulta relevante para determinar si se está frente a un rubro constitutivo de salario.

Así las cosas, la Sala concluye que el valor pagado por concepto de estímulo al ahorro no es constitutivo de salario y, en consecuencia, se procederá a verificar si hay lugar a nivelar el salario del actor, en virtud del principio "*a trabajo igual, salario igual*".

En relación con la **nivelación salarial**, la Sala observa que el último cargo que desempeñó el demandante fue el de Jefe de Turno CCMO en la unidad organizativa Coord. Centro Control Oper. Princ y Alte. (fl.366).

Sobre el punto, los testigos Rodrigo Salazar Sánchez e Ismael Enrique Leal Guzmán dieron cuenta que desempeñaban el cargo de Jefe de Turno; no obstante, ambos señalaron diferencias sustanciales que para la Sala no permitirían la nivelación del salario del actor frente a estos trabajadores, especialmente, por razones de experiencia en la labor, pues el primero, laboraba como Jefe de Turno desde 2006 y el segundo, desde 2003; en cambio el demandante comenzó a desempeñar el cargo aludido el 02 de marzo de 2009, esto es, con posterioridad.

Aunado a ello, el primer testigo negoció su régimen de retroactividad de cesantías y señaló que no tenía pensión de jubilación, motivo por el que según su dicho, recibió algunos beneficios por parte de la empresa; sin embargo, el demandante, se retiró con régimen de retroactividad de cesantías y con el beneficio a una pensión de jubilación.

Por tanto, no es dable considerar que la comparación con tales trabajadores permita nivelar salarialmente el accionante, así como tampoco el cambió de cargo de Profesional I y/o Profesional Operaciones CCMO a Jefe de Turno, pues aunado a que no obra ningún tipo de escalafón de salarios en la empresa demandada, como se dijo se debe acreditar que el demandante desempeñaba en iguales condiciones que los demás trabajadores

el cargo de Jefe de Turno para pretender la nivelación aludida; no obstante, y como quedó visto, los sujetos con los que se pretendía nivelación, tenían condiciones laborales disímiles a las del trabajador demandante, por ejemplo la declaración del testigo Rodrigo Salazar Sánchez, da cuenta de que las funciones entre el demandante y él fueron “*diferentes*” porque éste llegó a trabajar al centro de operaciones de ECOPETROL S.A. y él ya tenía un poco más de “*antigüedad*” y por eso asumió cuando se dio la oportunidad el cargo de jefe de turno; ello a simple vista permite evidenciar que la sola particularidad de la antigüedad, resultaba ser un factor determinante en la determinación del salario, de manera que se considera que le asiste razón a la A Quo en la absolución impetrada.

que por un periodo de tiempo corto, las funciones

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

#### **VII. COSTAS.**

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

#### **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.** - **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

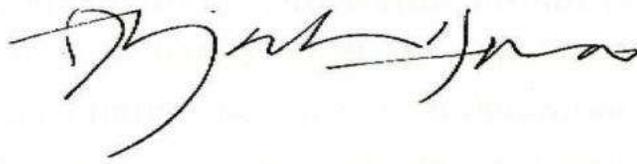
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2018-00146 -01

Demandante: **JORGE LEGUIZAMÓN CUERVO.**

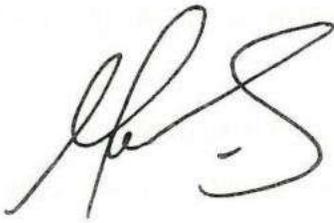
Demandado: **ECOPETROL S.A.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

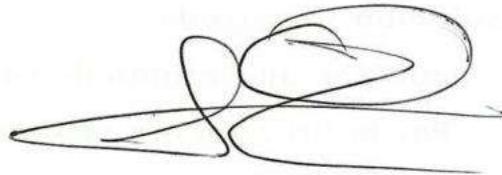
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$250.000 a cargo de la parte actora.



**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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

**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 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 estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **JOSUE LUCIO ROBLES OLARTE** promoviese contra **COLPENSIONES y COLFONDOS 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 del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) efectuada a través de la AFP Colfondos S.A. con efectividad el 01/07/1995.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación del demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, así como cualquier otro concepto recibido como cuotas de administración, y a esta última a recibir dichos dineros.

Así mismo, solicita se condene a Colfondos S.A. al pago de los perjuicios morales ocasionados al demandante.

De manera subsidiaria, solicitó se declare la ineficacia de dicho traslado.

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.

**COLFONDOS S.A.**, (Archivo 011), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones 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

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de perjuicios y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (Archivo 012), 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, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

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

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, y a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas por el demandante.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admite el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reiteró sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## 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 el 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 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 y 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.

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 desfavor de los consumidores financieros.

**d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos 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

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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, 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 01/02/1987 (Fl. 28 Carpeta 003 y Fl. 47 Carpeta 012); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 28/06/1995 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (Fl. 67 Carpeta 003 y fl. 36 Carpeta 011); y **iii)** el día 04/10/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 1 Carpeta 003)

Pues bien, a folios 28 (carpeta 003) y 47 (carpeta 012) del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 28/06/1995 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 Justicia<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup>Según 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.

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 el actor 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 el actor conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, 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 del accionante, esto es 28 de junio del año 1995.

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 el afiliado 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 tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 efectuar aportes o realizar traslados entre AFP del 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 al señor Robles Olarte en el traslado que esta realizó en el mes de junio de 1995, 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 el 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 el actor 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 del 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

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 de la *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: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

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 cubre 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, 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 del actor, 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

Código Único de Identificación: 11001310502620200000901

Demandante: JOSÉ LUCIO ROBLES OLARTE

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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, tal como lo analizó la Corte Suprema en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838).

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).

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

#### **VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **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 segundo** 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**.- 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.

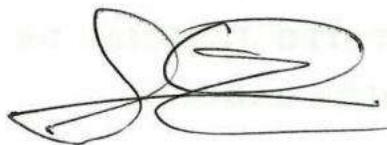
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

*Alejo Voto.*

## ACLARACIÓN DE VOTO

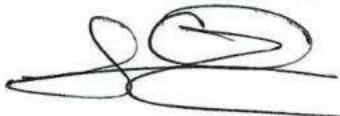
Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Josué Lucio Robles Olarte  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-026-2020-00009-01

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Magistrada



Código Único de Identificación: 11001310502620200037801  
Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO  
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 (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

**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 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 la demandada PORVENIR S.A. y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUIS HORACIO CORAL DEL castillo** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

**SENTENCIA**

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801  
Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO  
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

## I. ANTECEDENTES

### 1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con todos sus rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta.

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.

**PORVENIR S.A.**, (Archivo 004), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones 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 prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, (Archivo 008), 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

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, y a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas por la demandante para efectos pensionales.

### IV. RECURSO DE APELACIÓN

#### **PORVENIR S.A.**

Indicó que, la vinculación fue válida y eficaz, pues el demandante se afilió en el año de 1997 a Colpatria, firmando para ello el formulario de afiliación, documento que se requería para esa fecha para hacer válida la afiliación al sistema de pensiones o el traslado de régimen.

Señaló que, si bien el deber de información ha existido desde los inicios, este ha tenido un desarrollo jurisprudencial y legal que se ha impuesto a lo largo de los años, sin embargo, considera que no se realizó la correcta aplicación de la norma teniendo el momento histórico en el que el demandante ejerció su derecho a la libre elección de régimen pensional conforme la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663, por lo que, en virtud del principio de irretroactividad de la norma, no se pueden exigir este tipo de deberes.

Refirió que el demandante realizó aportes voluntarios y que su inconformidad radica en el valor de su mesada pensional, situación que no es suficiente para declarar una ineficacia de traslado, máxime cuando para el momento del traslado se desconocía el valor de la mesada pensional, le faltaban más de 20 años para el derecho, se desconocía la tasa de reemplazo que se usaría para el momento del reconocimiento, lo que no implica que se desconozca el deber de información, cuando ello no depende de las AFP, sino de la normatividad vigente para el momento en que se haga efectivo el reconocimiento.

Frente a la orden de devolución de gastos de administración, adujo que, en virtud de las restituciones mutuas, resulta contradictoria dicha condena, por cuanto el actor no tendría derecho a que se le retornaran los rendimientos generados por las gestiones realizadas por Porvenir S.A. y en cumplimiento de un deber legal, por lo que se desconoce la igualdad y los efectos de la declaratoria de nulidad, además, debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece cuáles son los aportes y a qué están destinados y en este caso Porvenir S.A. hizo deducción por gastos de administración, sumas adicionales, porcentajes para la garantía de pensión mínima durante el tiempo de vinculación del demandante, ello amparada en la Ley, máxime cuando la administración de los recursos la realizó de manera idónea lo que se puede ver reflejado en los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual del actor.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 03 de diciembre 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, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## **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 el 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 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

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 perjudicarle

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

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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),

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

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 03/05/1983 (Carpeta 009<sup>1</sup>); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 28/05/1997 a través de la A.F.P Colpatria – hoy Porvenir S.A. (fl. 32 Carpeta 001 y fl 37 Carpeta 004); **iii)** efectuó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A., el día 01/04/2000 (fl. 36 Carpeta 004), y **iv)** el día 27/03/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 35 Carpeta 001)

Pues bien, a folios 32 (carpeta 001) y 37 (carpeta 004) del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 28/05/1997 con la AFP Colpatria (hoy Porvenir 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

---

<sup>1</sup> Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_1934-20210302090714.PDF

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>2</sup>.

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 el actor 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 el actor conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la él, 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 el 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.

---

<sup>2</sup>Según 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.

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 el afiliado no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir 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 asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por la apelante 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 efectuar aportes voluntarios o realizar traslados entre AFP del 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 PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Coral del Castillo en el traslado que esta realizó en el mes de mayo 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, sin que sea necesario que el accionante demuestre la existencia de algún vicio del

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 el actor 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 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, 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 de la *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.

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 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 cubre 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”.

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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, 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 del actor, 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, tal como lo analizó la Corte Suprema en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838).

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).

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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 Porvenir S.A, al haberse resuelto desfavorablemente el recurso 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 segundo** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP 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 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.

Código Único de Identificación: 11001310502620200037801

Demandante: LUIS HORACIO CORAL DEL CASTILLO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

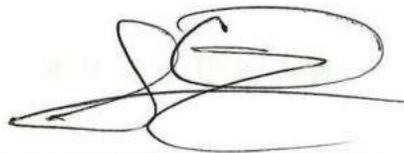
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

 *Alcorno voto*

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000  
a cargo de la demandada PORVENIR S.A.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Luis Horacio Coral del Castillo  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-026-2020-00378-01

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

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

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

esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00431 -01  
Demandante: **BLADIMIR PADILLA Y OTROS**  
Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **BLADIMIR PADILLA JULIO, DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES Y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL** promovieron contra **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, los accionantes solicitan se declare la existencia de un contrato de trabajo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y en subsidio, con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en las fechas indicadas en la demanda para cada uno de los actores; y que las demandadas

son solidariamente responsables de las condenas que se impongan. Como consecuencia de lo anterior solicitan el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones los demandantes argumentaron que: **1)** El FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES suscribieron los contratos de prestación de servicios 275 de 2014, y 147 de 2015, con el fin de contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión de FONDO NACIONAL DEL AHORRO; **2)** Los demandantes laboraron en las fechas indicadas en la demanda con las asignaciones salariales y cargos allí indicados; **3)** Sus funciones obedecen al giro normal de los negocios del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no eran de carácter temporal, existe dentro la planta de personal de esta, y se realizaba en cumplimiento de un horario de trabajo; **4)** No les pagaron las acreencias laborales que pretenden; y **5)** OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES está en proceso de reorganización.

## **II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA**

### **1. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

**OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** (fls. 106 a 133), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes; existencia de afectación de póliza para pago de prestaciones sociales objeto de la demanda; y la genérica.

Aceptó la suscripción de contrato comercial 275 de 2014 y 175 de 2015, con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para el suministro de personal en misión; el contrato de trabajo suscrito con los demandantes, los extremos temporales, cargos y salarios indicados en la demanda; que los demandantes fueron enviados en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encuentra en proceso de reorganización, por lo que las acreencias laborales se encuentran sometidas a las reglas del concurso, establecidas en el artículo 48 y ss, así como en la Ley 1116 de 2006. No aceptó los demás hechos.

Manifestó que el reconocimiento de las prestaciones sociales y vacaciones se encuentra sometido a las reglas del concurso, establecidas en el artículo 48 y ss, así como en la Ley 1116 de 2006, de modo que, el pago de las acreencias que sean calificadas y graduadas de conformidad con tal normatividad, es realizara dentro del proceso de liquidación judicial.

Por su parte, el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO** (fls. 158 a 182), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador de los demandantes, buena fe, compensación, e improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones, y prescripción.

Aceptó que suscribió contrato comercial 275 de 2014 y 175 de 2015, los que tenían como fin contratar la prestación del servicio de una empresa de servicios temporales que suministrara personal en misión que permitiera cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO; que los demandantes fueron enviados en misión por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. al FONDO NACIONAL DEL AHORRO; y que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. se encuentra en proceso de reorganización. Afirmó que no celebró

ningún contrato de trabajo con alguno de los demandantes, pues el empleador de éstos fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., quien por demás obró en calidad de contratista independiente. No aceptó los demás hechos.

## **2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.**

El FONDO NACIONAL DEL AHORRO llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.** (fls. 233 a 256), quien se opuso a las pretensiones de la demanda, así como a la del llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prioridad en la afectación de las pólizas Nos. DLo06347-DLo07987 y DLo08460 expedidas por CONFIANZA S.A.- aplicación preferente de pago; afectación de las pólizas DLo07987 y DLo08460 expedidas por CONFIANZA S.A.; CONFIANZA S.A. recibió por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal; límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria; ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado; buena fe; prescripción laboral; extinción de la acción generada por el contrato de seguro y prescripción del mismo; compensación; y la genérica.

Negó los hechos de la demanda. Adujo que de la documental obrante en el plenario se puede establecer que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no obró como empleador de los demandantes; que de establecerse que el verdadero empleador de los actores es dicho Fondo, deberán afectarse prioritariamente las pólizas DLo06347- DLo07987 y DLo08460 emitidas por CONFIANZA S.A.; que en caso de cubrimiento, el amparo es únicamente sobre salarios y prestaciones sociales; y que mediante Acto Administrativo 1052 del 05 de abril de 2017, el Ministerio de Trabajo determinó que la cancelación de funcionamiento de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA.A. y afectó las pólizas DLo07987 y DLo08460 con el fin de que se

pagaran acreencias laborales, entre las que se encontraban las de los demandantes.

### **3. INTEGRACIÓN LITISCONSORTE NECESARIO.**

En audiencia del 17 de julio de 2019 se integró a **CONFIANZA S.A.** como litisconsorte (fls. 387 a 398), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de litisconsorcio necesario por pasiva respecto de mi representada; en caso de proceder una indemnización moratoria, ésta quedará limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización contemplado en la Ley 1116 de 2006; los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización y hoy liquidación judicial de la sociedad **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES**; y resumen del proceso administrativo ante el Ministerio de Trabajo que ordenó el pago de salarios y prestaciones a favor de los demandantes con cargo a las pólizas 24DL007987 y 24DL008460 expedidas por **CONFIANZA S.A.**

Negó los hechos de la demanda. Adujo que no se avizora ningún tipo de relación jurídica por parte de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** con los demandantes, ya que si bien expidieron pólizas de cumplimiento, estas se constituyeron con **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**, y no con el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, de modo que, sí era dable decidir sin su comparecencia; que en caso de proceder indemnización moratoria, esta no se puede extender más allá del proceso de reorganización de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**; que los créditos de los demandantes ya fueron aceptados en el proceso de liquidación, por lo que, se está iniciando un doble cobro; y que en virtud de las resoluciones expedidas por el Ministerio del Trabajo procedió al pago de \$1'732.980 a favor de **BLADIMIR PADILLA JULIO**, \$2'139.379 a

favor de DIANA CAROLINA QUINTERO, y \$5'069.804 a favor de MARÍA ESPERANZA CLAVIJO.

### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de junio de 2021, dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLÁRESE** que entre los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO existió un contrato de trabajo, por duración de la obra o labor de la siguiente manera:

1. María Esperanza Clavijo Sabogal.

Cargo	Extremo Inicial	Extremo Final	Salario
Profesional IV	01/12/2014	30/09/2015	\$3'200.000

2. Bladimir Padilla Julio.

Cargo	Extremo Inicial	Extremo Final	Salario
Crédito IV	01/12/2014	08/09/2015	\$1'260.000

3. Diana Carolina Quintero Granobles.

Cargo	Extremo Inicial	Extremo Final	Salario
Comercial III	17/02/2015	30/09/2015	\$1'750.000

**SEGUNDO. - CONDENAR** al FONDO NACIONAL DEL AHORRO y solidariamente a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a reconocer y pagar a favor de los demandantes, las siguientes sumas de dinero:

2. Indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T.

- i. María Esperanza Clavijo Sabogal la suma de \$106.667 diarios.

Terminación del contrato	Inicio moratoria	Fecha pago acreencias
30/09/2015	01/10/2015	30/11/2017

- 2.1.2. Bladimir Padilla Julio la suma de \$42.000 diarios.

Terminación del contrato	Inicio moratoria	Fecha pago acreencias
08/09/2015	09/09/2015	30/11/2017

- 2.1.3. Diana Carolina Quintero Granobles la suma de \$52.333 diarios.

Terminación del contrato	Inicio moratoria	Fecha pago acreencias
30/09/2015	01/10/2015	30/11/2017

Demandante: **BLADIMIR PADILLA Y OTROS**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

**TERCERO: ABSOLVER** a las demandadas y a las llamadas en garantía de las demás pretensiones incoadas por los demandantes.

**CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

**QUINTO: ABSOLVER** a LIBERTY SEGUROS S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEXTO: ABSOLVER** a CONFIANZA S.A. de las pretensiones incoadas en su contra.

**SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADA** la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

**SÉPTIMO (sic): CONDENAR** en costas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN a favor de cada uno de los demandantes, señálese que como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

En síntesis, refirió la A Quo, que está acreditado la prestación personal del servicio de los demandantes a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO a través de contratos de obra o labor; que los contratos de los demandantes no superaron de seis meses, no obstante, no realizaron labores temporales, sino por el contrario sus funciones eran permanentes y propias de la misión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO; que no se desvirtúa lo anterior, por el hecho de que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no pudiera disponer de una planta de personal más amplia pues era posible solicitar su ampliación al Gobierno Nacional; y que por lo anterior, es dable tener como empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Explicó que está acreditado que los demandantes recibieron el pago de sus salarios y prestaciones sociales adeudadas por parte de CONFIANZA S.A., de manera que no hay lugar a su pago; y que se debe pagar sanción moratoria desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo hasta el 30 de noviembre de 2017, pues se infringió deliberadamente la ley al contratar el FONDO NACIONAL DEL AHORRO a través de una empresa temporal, y pagarse las acreencias laborales en la última fecha referida.

Finalmente, indicó que de las pólizas allegadas no se contempló como riesgo a cubrir las indemnizaciones, por lo que, no es dable ordenar su pago, estando agotadas aquellas que lo amparaban; que no operó prescripción, pues entre la terminación del contrato de trabajo y la reclamación del trabajador no transcurrieron más de tres años.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Manifestó que los extremos temporales de la relación laboral ejecutada con los demandantes no sobrepasan los límites establecidos en la ley para el trabajo en misión con empresas que ni siquiera fueron vinculadas al proceso; que se está reconociendo una mala fe, aduciéndose que el comportamiento es desbordado, empero, se realizó la contratación de los actores de acuerdo con lo señalado normativamente, firmando contratos de conformidad con la necesidad del fondo y que le fueron encomendadas; que siempre fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. quien asumió obligaciones patronales, y con quien se firmaron los diversos contratos de trabajo, por lo que, no se puede imponer condena al FONDO NACIONAL DEL AHORRO *como empleador y a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en solidaridad*; y que los llamados en garantía deben responder por cualquier obligación que el Fondo pudiera tener como demandado en esta demanda.

##### **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.**

Señaló que no era posible extender la indemnización moratoria hasta el momento en que los demandantes recibieron sus pagos, pues no se puede pasar por alto la situación económica y financiera por la que estaba atravesando, dado que desde el 16 de febrero de 2016 se encontraba incurso en un proceso de reorganización, y no podía efectuar ningún pago a sus

trabajadores; que el pago se demoró teniendo en cuenta que sólo recibieron a la empresa cuando estaban en liquidación judicial y fueron convocados por el Ministerio de Trabajo para adelantar los trámites correspondientes, oportunidad en la que éste ordenó afectar las pólizas, se tuvo entregar a dicho ente, y buscar a los trabajadores que se les adeudaba acreencias laborales para que fueran beneficiarios de tal pago, lo que demuestra con mayor firmeza la buena fe de la empresa.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 03 de noviembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación y se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, 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 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.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar: **i)** si es dable establecer que el verdadero empleador de los demandantes fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO; **ii)** si el a quo debió limitar la indemnización moratoria impuesta a OPTIMIZAR SEVICIOS TEMPORALES S.A. hasta la fecha de inicio del proceso de reorganización; **iii)** si el FONDO NACIONAL DEL AHORRO debe responder en solidaridad por las condenas impuestas; y **iv)** si hay lugar a imponer condenas a las llamadas en garantía.

### **EMPRESAS TEMPORALES Y TRABAJADORES EN MISIÓN.**

Las empresas de servicios temporales - E.S.T - son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador, según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990. Igualmente, conforme al artículo 77 ejusdem, se limita el ámbito de la colaboración a las siguientes tres situaciones:

1. La tradicional del artículo 6 del C.S.T., vale decir, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono;
2. Cuando el tercero requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad;
3. Cuando el usuario deba atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, por un término de 6 meses prorrogables hasta por 6 meses más, caso en el cual según el artículo 2 del Decreto 503 de 1998, modificado por el parágrafo del artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, no se puede prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 29 de octubre de 2014 con Rad. 58172, así como en la **SL692-2019**, hizo hincapié en cuanto a que en este tipo de casos en los que la empresa temporal envía personal en misión, se produce una especie de delegación del poder subordinante de la empresa de servicios temporales en la usuaria para que pueda cumplirse el objeto de los servicios contratados; y que tales servicios no se practican con medios propios sino en las dependencias de la usuaria.

En suma, la citada corporación, en sentencia con **radicado 9435**, reiterada el 17 de octubre de 2008, **Rad. 28470**, así como

en la **SL4330-2020**, estableció que, si se encuentra demostrado un marco temporáneo que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas, o que se ha trasgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, incluso con la presencia de actos que se exhiben con apariencia de licitud, tales circunstancias permiten concluir que la intención de la empresa usuaria era la de utilizar los servicios del trabajador de manera permanente, situación que por ser contraria a la normatividad, puede ser catalogada como un fraude a la ley.

### **INDEMNIZACIÓN MORATORIA.**

Lo primero por recordar es que corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización sanción moratoria, que se encuentra consagrada en el Art. 65 del C.S.T. También sea del caso recordar, que dicha sanción no es de aplicación automática, sino que debe analizarse la conducta del empleador incumplido, y que únicamente procede cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta (CSJ SL1439 - 2021), es decir, si su omisión responde a una actuación de mala fe, caso en el cual se hará acreedor de la mencionada sanción (CSJ SL12854-2016) y que se configura una excepción a la presunción general de buena fe, en la que es el empleador quien debe acreditarla (sentencias como la del 3 de julio de 2013, Rad. 40509 y la SL1005-2021).

Así mismo y concretamente para el caso que nos ocupa, la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 24 de enero de 2012, Rad. 37288, estableció que no se puede interpretar *la situación de reorganización* de una empresa, como si se estuviera frente a

un proceso de liquidación, y que por ende genere un estado de fuerza mayor, para que le empleador se abstenga del efectuar el pago de salarios y prestaciones sociales, puesto que la finalidad de la reorganización es totalmente opuesta a la de liquidación, en tanto que la última busca ponerle fin a la empresa, mientras que la primera es un mecanismo para salir de la crisis económica a fin de evitar la liquidación de la empresa.

Y en las sentencias SL - 1628 del 26 de noviembre de 2014, SL2833-2017, y SL1186-2019, señaló que las sanciones moratorias no pueden operar más allá de la data en que entra en liquidación obligatoria la sociedad demandada, pues a partir de dicha fecha no se puede deducir que la empleadora siga incumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes.

#### **SOLIDARIDAD.**

Conforme a la solidaridad consagrada en el artículo 34 del CST, el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, puede responder por los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores vinculados laboralmente con el contratista independiente, salvo cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio. Así mismo, para su declaratoria no basta que la actividad desarrollada por el contratista independiente, cubra una necesidad propia del beneficiario, sino que además resulta necesario que las labores estén directamente vinculadas con su explotación o actividad económica, esto es, que se trata de una función normalmente desarrollada por el contratante e inherente a la actividad de la empresa beneficiaria o dueña de la obra. (SL4479-2020; SL869-2019).

La situación de las empresas de servicios temporales, -EST- es distinta, al tratarse de una situación de intermediación y no

de externalización laboral. En efecto, la Ley 50 de 1990 las define como aquellas personas jurídicas especializadas que se encargan de remitir personal propio -denominado en misión- a otras personas naturales o jurídicas, denominadas empresas usuarias, para que colaboren de forma temporal en el desarrollo de las actividades de estas últimas, por el tiempo y los casos en que es permitido por la legislación. Sobre la distinción en referencia, en la sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en la sentencia SL4162-2021, se explicó:

“Es fácil advertir entonces que la figura del contratista independiente difiere de la empresa de servicios temporales; entre las notas distintivas, pueden destacarse las siguientes: La E.S.T. es persona jurídica cuyo funcionamiento autoriza el Ministerio del Trabajo, organismo que siempre debe controlar su actividad, mientras el contratista independiente puede ser persona natural o jurídica cuya labor no se halla controlada por dicho Ministerio.

La E.S.T. según la ley se compromete en un contrato de prestación de servicios, pero no se obliga a un particular resultado o a ejecutar en realidad una definida prestación de servicio, sino a facilitar al usuario el servicio de determinados trabajadores, mientras que el contratista se obliga directamente a construir una obra o a prestar un servicio.

Aunque el contratista y la E.S.T. son empleadores, aquél ejerce directamente la subordinación con respecto de los trabajadores comprometidos en el contrato de obra o de prestación de servicios, mientras que esta delega en el usuario la subordinación relativa a los trabajadores en misión.

El contratante o beneficiario responde solidariamente con el contratista de las obligaciones laborales adquiridas por este, mientras que el usuario de la E.S.T. no responde por los derechos laborales de los trabajadores en misión”.

Conforme lo anterior, no pueden confundirse la institución del contratista independiente con la de las empresas de servicios temporales, figuras jurídicas que son autónomas e independientes, de modo que no resulta posible analizar la figura de la solidaridad conforme a lo dispuesto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, cuando a quien se demanda no actuó como contratista independiente sino como una sociedad de intermediación laboral y en consecuencia, la solidaridad entre

éstas únicamente es viable *por excepción*, tal como lo explicó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia SL4162-2021:

“Ahora, en el caso de las empresas de servicios temporales, dada su condición de empleadoras, la figura de **la solidaridad en relación con el incumplimiento de obligaciones que puede establecerse respecto a las empresas usuarias se aplica únicamente por excepción.**

Por ejemplo, el artículo 35 numeral 3.º del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en aquellos casos en que se celebre un contrato de trabajo obrando como simple intermediaria y esta omita *«declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas».*

Asimismo, la legislación y la jurisprudencia de la Corporación han establecido otras situaciones en las que también se configura la responsabilidad solidaria entre las empresas de servicios temporales y las usuarias, tal como ocurre en los casos de: (i) omisión de la información sobre afiliación y pago de aportes al sistema de seguridad social integral de trabajadores en misión - artículo 13 del Decreto 4369 de 2006-; (ii) cuando se contrata a una empresa de servicios temporales sin el cumplimiento de los requisitos para su constitución y funcionamiento -artículo 20 numeral 3.º *ibidem*-, y (iii) cuando la empresa usuaria ha desbordado el marco obligacional convenido con la empresa de servicios temporales, tal como ocurre cuando incumple las previsiones del artículo 77 de la Ley 50 de 1990 -parágrafo artículo 6.º del Decreto 4369 de 2006- (CSJ SL467-2019), o cuando le ocurre un infortunio laboral por orden de la empresa usuaria en una labor distinta a la que generó el envío de aquel por parte de la E.S.T. (CSJ SL15195-2017)

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

##### **De lo probado en el proceso:**

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** la suscripción de los contratos de prestación de servicios No 214 de 2014, y 147 de 2015 los días 26 de noviembre de 2014 y 1 de julio de 2015 respectivamente, entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para el suministro de personal en misión *que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión* del primero (medio óptico de folio 183); **ii)** que los

señores demandantes fueron vinculados mediante contrato de obra o labor por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en las fechas indicadas en la demanda, y aceptadas en la contestación a la demanda por parte de dicha entidad (fls.53, 61 y 69); **iii)** que los contratos los demandantes finalizaron el 30 de septiembre de 2015, con excepción del de BLADIMIR PADILLA JULIO que finiquito el 08 de septiembre de 2015 (fls. 55, y 134 a 136); **iv)** que el 15 de febrero de 2016 se admitió por parte de la Superintendencia de Sociedades en proceso de reorganización a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. (medio óptico de folio 183); **v)** que el 17 de noviembre de 2016, dicha Superintendencia decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. (fls. 94 a 96) y finalmente, **vi)** que mediante Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016, el Ministerio del Trabajo ordenó a cargo de CONFIANZA S.A. con fundamento en la póliza de seguros DL008460 de 2016 el pago de prestaciones sociales y vacaciones (fls. 137 a 139) de los demandantes.

Adicional a la documental obrante a folios 1 a 12, 61 a 76, 134 a 153, 197 a 225, 257 a 317, y 400 a 444, al proceso comparecieron a rendir declaración **Liliana Giraldo Ríos y Henry de Jesús Ortiz Ángel**, quienes manifestaron:

**Liliana Giraldo Ríos** señaló que fue empleada del F.N.A. desde el 14 febrero de 2011 y que actualmente trabaja allí; que presta sus servicios a través de la empresa Servicio Asesoría; que conoció a DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES cuando llegó al F.N.A., entró en junio de 2011, y su función era Comercial III; que en dicho cargo, se brindaban asesorías para los créditos de vivienda, crédito hipotecario, créditos educativos, retiro de ahorro voluntario de cesantías, y se daba todas las asesorías en cuanto a cartera de créditos, y seguimiento de créditos hasta su desembolso; que DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES prestó servicios al F.N.A. entre febrero y septiembre de 2015, a través de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en el cargo

de Asesor Comercial III, desarrollando actividades de radicación de crédito hipotecario, crédito educativo, dar seguimiento a los créditos hasta el desembolso, radicación de retiros de cesantía y de ahorro voluntario; y que en Bogotá hay Técnicos Administrativos II que hacen las mismas funciones comerciales que la actora.

Por su parte, **Henry de Jesús Ortiz Ángel** narró que es Asesor Comercial del F.N.A.; que lleva ocho años en el fondo; que está en misión por la empresa temporal, Servicios y Asesorías; que cuando ingresó al F.N.A. en 2012, DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES ya trabajaba en el F.N.A.; que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. remitió personal en misión de febrero a septiembre del 2015; que DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES ejercía las mismas labores que él, Comercial III, y lo que hacían era radicar créditos, radicar retiros por ahorro voluntario, por cesantías, hacer afiliaciones por ahorro por cesantías, ahorros voluntarios, entregar PINES para los ahorros voluntarios, y múltiples cosas más; que el contrato de la demandante finalizó porque cambiaron de temporal; que de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. pasaron para otra temporal; que fueron dos años que no les cancelaron una parte de sus prestaciones sociales; y que en Bogotá hay trabajadores directo del F.N.A. que ejercen sus funciones, los Técnicos Comerciales II.

Pues bien. Conforme los puntos jurídicos que deben resolverse en la alzada, resulta menester resaltar que para que pueda ser considerado verdadero empleador el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, resultaba necesario que apareciese acreditado en los términos de la sentencia SL4330-2020, antes aludida, que el marco temporáneo resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria señaladas en el ordenamiento jurídico, esto es, seis meses prorrogables hasta por seis meses más, y que se haya trasgredido la finalidad que de manera particular inspira

las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

Así, la Sala procede a verificar el **marco temporáneo de las relaciones laborales** de los demandantes, encontrando que se desarrollaron así: MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL del 01 de diciembre de 2014 al 30 de septiembre de 2015, esto es, por 10 meses; BLADIMIR PADILLA JULIO del 01 de diciembre de 2014 al 08 de septiembre de 2015, esto es, por 9 meses y 8 días; y DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES del 17 de febrero al 30 de septiembre de 2015, esto es, por 7 meses y 14 días; por lo que es claro, en primer lugar, que no se superó la temporalidad establecida en el ordenamiento jurídico, que es de máximo un año.

Por otra parte, y en relación con una presunta **transgresión de la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el artículo 77 de la Ley 50 de 1990**, es necesario tener en cuenta que DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES desempeñaba el cargo de Comercial III, que según la declaración de Liliana Giraldo Ríos y Henry de Jesús Ortiz Ángel en la ejecución de tal cargo era la atención de clientes, recibir afiliaciones, y realizar asesorías, funciones que a juicio de la Sala tenían vocación de permanencia, puesto que guardan relación directa con las actividades del FONDO NACIONAL DEL AHORRO que están plasmadas en el artículo 3 de la Ley 432 de 1998, siendo una de estas la de *“adelantar programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados”*, para lo que se hace necesario que su personal atiende clientes, reciba afiliaciones y efectúe asesorías.

Conforme con la prueba arrojada, es dable establecer que, concretamente las funciones que desarrolló **DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES** no eran ocasionales, accidentales, o transitorias distintas de las actividades propias del FONDO

NACIONAL DEL AHORRO, máxime si se tiene en cuenta que los contratos 275 de 2014 y N° 147 de 2015 celebrados entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. tuvieron por objeto el suministro de personal en misión para cubrir las necesidades de **crecimiento y expansión** del primero.

Del mismo modo, no observa la Sala que se hubiere acreditado que la accionante fue contratada con el fin de reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, así como tampoco para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y la prestación de servicios en general, pues como quedó dicho está acreditado que la vinculación de la actora tenía por objeto cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y no de forma alguna, afrontar un incremento en la producción, transporte, y ventas, que se entiende es eminentemente temporal. Al respecto, en sentencia SL4388-2021, estableció:

“En efecto, con las certificaciones visibles a folios 51 y 52 del expediente, queda claro, entre otras cosas, que el cargo desempeñado por la demandante fue el de Comercial I. Según el listado de funciones asignadas al cargo de auxiliar comercial, el cual reposa a folio 54 con el membrete del Fondo Nacional del Ahorro, se observa que eran, entre otras, las de adelantar acciones comerciales con el objeto de captar créditos de vivienda, educativos y afiliaciones al Fondo, revisar las solicitudes de crédito, dar información, recibir, atender y tramitar las solicitudes presentadas por los afiliados y clientes relacionadas con el portafolio de servicios ofrecido por la entidad, entre otras.

Todas estas actividades dicen relación con las funciones del Fondo Nacional del Ahorro que están plasmadas en el artículo 3 de la Ley 432 de 1998, siendo una de estas la de «[...] adelantar programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados [...]». Funciones como esta responden a uno de los objetos cardinales de la entidad, como lo es, el de contribuir «[...] a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social.» (art. 3, L. 432/98). De lo anterior se sigue, entonces, que las labores que debía

Demandante: **BLADIMIR PADILLA Y OTROS**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

desempeñar la accionante no eran meramente accidentales o transitorias, sino que se requerían en forma permanente en la entidad.

Tampoco está demostrado que su vinculación se requiriera para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, o para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas, pues a folios 299 a 308 del plenario militan los contratos suscritos por María Angélica Ochoa González y Temporales Uno A Bogotá S.A., el 5 de septiembre de 2012, el 1° de febrero de 2013 y el 28 de enero de 2014, y en ninguno de ellos se indica que la vinculación de la demandante se enmarcara en alguna de aquellas hipótesis del artículo 77 de la Ley 50 de 1990.

En efecto, en el primero de ellos dice que la obra para la cual fue contratada la demandante fue la de profesional de apoyo, y que el motivo que dio origen a esa obra o labor fue el de «*DESEMPEÑAR LA DE MONITOR DE OFICIA (sic)*». En el segundo y tercer contrato, se visualiza que el motivo que dio lugar a la obra o labor es «*APOYO TEMPORAL*», pero, nuevamente, no hay ninguna referencia para poder delimitar en el tiempo ese apoyo que prestaría la demandante a la supuesta empresa usuaria.

Finalmente, menos podía argumentar la pasiva que la contratación de la actora se dio para la prestación de servicios, conforme a la parte final del numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por dos razones: primero, porque como ya se advirtió, la actividad para la cual fue seleccionada no tenía el carácter de temporal sino permanente; y (ii) porque, en todo caso, la prestación del servicio superó con creces el límite máximo de un año previsto en esa preceptiva, ya que, conforme se ve en las certificaciones y en los contratos ya aludidos, ella laboró continua e ininterrumpidamente para el Fondo Nacional del Ahorro desde el 5 de septiembre de 2012 hasta el 24 de noviembre de 2015”.

Por lo anterior, considera la Sala que al ser las funciones de DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES, acordes y permanentes con la actividad que ejecuta el FONDO NACIONAL DE EL AHORRO, es dable tener a éste como su verdadero empleador.

Ahora, y en relación con los demandantes **BLADIMIR PADILLA JULIO** y **MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL**, lo que advierte la Sala es una conclusión distinta a la que arribó el A Quo, por cuanto no existe prueba alguna de las que se puedan extraer sus funciones y determinar si estas eran permanentes y tenían por objeto cubrir las necesidades de crecimiento y

expansión del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pues de la documental arribada sólo es posible determinar que fueron contratados para los cargos de Crédito IV y Profesional IV, cargos frente a los que no está suficientemente acreditado si nivel de importancia y de permanencia dentro de la planta de la entidad aludida, y la testimonial allegada en nada se pronunció frente al caso específicos de dichos demandantes, por lo que, en tales condiciones no existe fundamento que permita llegar a las conclusiones a las que arribó el fallador de la primera instancia respecto a tener como verdadero empleador al FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

En consecuencia, al evidenciar no solo que no se superaron los tiempos que por ley puede enviarse a un trabajador en misión a la empresa usuaria, sino que además tampoco se observa que respecto de dichos demandantes el FONDO NACIONAL DEL AHORRO hubiese operado como empleador, se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el empleador de BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL era OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Ahora, y en relación con la **solidaridad de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.** de las condenas que se impongan, considera la Sala que al evidenciarse que frente a DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES obraron como intermediarios sin que hubieran advertido tal condición, según las voces del numeral 3 del artículo 35 del C.S.T. es solidariamente responsable de las condenas que se impongan al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, máxime si se tiene en cuenta que las actividades que desarrolló tal demandante era propias desbordan la finalidad para la que era contratada, pues fue vinculada para ejercer labores que eran permanentes y propias del objeto social de tal entidad.

En cuanto a la **solidaridad del FONDO NACIONAL DEL**

**AHORRO** frente a las condenas que se puedan imponer por la falta de pago de acreencias laborales a favor de BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL, conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos (SL4479-2020; SL869-2019), es claro que al remitirse personal en misión por parte de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO era beneficiaria de los servicios de estos, no obstante, no aparece acreditado que las labores desarrolladas por tales trabajadores hubieran estado directamente vinculadas con la explotación o actividad económica del fondo, esto es, que se tratara de una función normalmente desarrollada por el contratante e inherente a la actividad de la empresa beneficiaria o dueña de la obra.

Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que frente a BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL, las condenas que se impongan únicamente a cargo de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., como su empleador.

En lo que respecta a la **indemnización moratoria**, en el asunto concreto se tiene que frente a DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES, su empleador FONDO NACIONAL DEL AHORRO, no tuvo en ningún momento la intención de efectuar el pago de las acreencias laborales que se le adeudaba, por el contrario uso su intermediación con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. como una fachada para esconder la existencia de un contrato de trabajo, por lo que, se considera que hay lugar al reconocimiento de tal sanción, siendo posible ordenar su reconocimiento hasta la fecha en que se acreditó su pago, 30 de noviembre de 2017, tal y como lo aseveró el A Quo.

En cuanto a BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL, al establecerse que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. era su empleador, es necesario tener presente que tal empresa entró en proceso de

reorganización conforme a la Ley 1106 de 2006 mediante Auto N° 400-002370 del 15 de febrero de 2016, empero que, a través del Auto N° 400-002550 del 17 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Sociedades resolvió decretar la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad de la referencia (fls.94 a 96).

Así las cosas, estima esta Sala que el solo hecho objetivo del proceso de reorganización al que se sometió la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no puede considerarse como eximente de la indemnización moratoria, pues como se indicara en las sentencias antes referidas, no basta con que el empleador se haya acogido a tal mecanismo, sino que debe acreditar el cumplimiento de las cargas establecidas en dicho proceso para tener por probada su buena fe.

Por tanto, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, no obra prueba de la que se pueda desprender que actuó exento de mala fe, esto es, no se advierte pruebas que den cuenta que la empresa temporal hubiere tenido interés en reconocer las diferentes acreencias laborales que adeudaba a los demandantes antes de la apertura del proceso de liquidación, ni siquiera se observa que hubiera buscado lograr un acuerdo de pago con éstos, por el contrario, lo que se advierte es que tuvo que intervenir el Ministerio de Trabajo para garantizar el pago de las acreencias laborales mínimas de los trabajadores- misma situación que acaeció con DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES-, como es el caso de las prestaciones sociales y las vacaciones, entidad que ordenó su pago a través de la Resolución 003863 de 2016, a cargo de CONFIANZA S.A. con fundamento en la póliza de seguros DL008460 de 2016 (fls. 137 a 139).

En este punto, se resalta que CONFIANZA S.A. notificó el pago de acreencias laborales al FONDO NACIONAL DEL AHORRO el 25 de enero de 2018, data posterior a la fecha en que la

Demandante: **BLADIMIR PADILLA Y OTROS**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

Superintendencia de Sociedades resolvió la apertura del trámite liquidación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., 17 de noviembre de 2016 (medio óptico de folio 463).

De esta manera, se considera que hay lugar a la indemnización moratoria, empero, únicamente puede reconocerse hasta que se dio apertura al proceso de liquidación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., ya que no resulta viable inferir al estar sometida a liquidación forzada, pudiera seguir cumpliendo sus pagos porque tenga interés en desconocer los intereses y créditos de los trabajadores demandantes; igualmente, debido a que el liquidador designado en tal proceso es un agente diferente al empleador, que entra a manejar los destinos de la empresa, razones que conllevan a que la indemnización moratoria, sólo se puede imponer dicha sanción hasta el 16 de noviembre de 2016, pues el día siguiente se resolvió por parte de la Superintendencia de Sociedades dar apertura al proceso de liquidación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Por tanto, se **MODIFICARÁ el numeral segundo**, en el sentido de establecer que la condena de indemnización moratoria impuesta por el A Quo, deberá tener frente a BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL como extremo final el 16 de noviembre de 2016, pues en dicha fecha OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., su empleador, entró en liquidación.

Finalmente, y en relación con el **llamamiento en garantía**, es necesario advertir que CONFIANZA S.A. fue llamada como litisconsorte necesario, por lo que, en tal condición no es dable que comparezca al proceso con el fin de amparar un riesgo que pudiere estar en cabeza de alguna de las demandadas, lo que conlleva a confirmar su absolución.

En cuanto a LIBERTY SEGUROS S.A., tenemos que fue llamada en virtud de las pólizas 516839, 2436541, y 2533998,

no obstante, la primera tuvo vigencia hasta el 31 de mayo de 2016, por lo que, no tenía cobertura para la época de la terminación del contrato de trabajo de los demandantes, no siendo así con las pólizas 2436541 y 2533998 las que tuvieron cobertura hasta el 31 de mayo y 01 de octubre de 2018, respectivamente.

Ahora bien, las pólizas 2436541 y 2533998 tiene como asegurado al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, por lo que, al resultar absuelto de las condenas impuestas a favor de BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL, no es dable que LIBERTY SEGUROS S.A. asuma sus obligaciones laborales.

Finalmente, y en cuanto a DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES, las pólizas 2436541 y 2533998, es necesario tener en cuenta que estas establecen no solo el pago de prestaciones sociales sino también de indemnizaciones como la sanción moratoria, sin que se evidencia que hubiere sido agotado el límite el monto del valor asegurado (medio óptico de folio 193); en todo caso se ordenará el reconocimiento de la indemnización de la demandante DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES hasta el límite del monto del valor asegurado a través de las pólizas referidas. Las aludidas pólizas de cumplimiento establecen:

**“1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.**

**EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES, E INDEMNIZACIONES LABORALES CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCACIONEN COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÉ OBLIGADO EL CONTRATISTAS GARANTIZADO, DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO EN EL TERRITORIO NACIONAL.**

**ESTA GARANTÍA NO SE APLICARÁ PARA LOS CONTRATOS QUE SE EJECUTEN EN SU TOTALIDAD FUERA DEL TERRITORIO NACIONAL POR PERSONAL CONTRATADO BAJO UN RÉGIMEN**

JURÍDICO DISTINTO AL NACIONAL". (medio óptico de folio 193).

Finalmente, se aclara que frente a la excepción de prescripción propuesta por la aseguradora, se rememora que el artículo 1081 del C.Co. establece:

**"ARTÍCULO 1081. <PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES>.** La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes."

Conforme lo anterior, el medio exceptivo no está llamado a prosperar por cuanto sólo a través del conocimiento de esta causa, se declara a cargo del FONDO NACIONAL DEL AHORRO la obligación del pago de acreencias laborales a favor de la trabajadora DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES, por lo que sólo con la ejecutoria de la decisión que se tome sobre el asunto, nace el derecho a efectuar el cobro de la misma en virtud de la póliza constituida a su favor.

Conforme a lo anterior, se hace necesario **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, y **TOTALMENTE el numeral quinto** de la sentencia, en cuanto absolvió a LIBERTY SEGUROS S.A., para en su lugar **CONDENAR** a dicha entidad al pago de las condenas impuestas a favor la trabajadora DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES como aseguradora, las que se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de las pólizas de cumplimiento 2436541 y 2533998.

Demandante: **BLADIMIR PADILLA Y OTROS**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

#### VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

#### 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 primero** de la sentencia, en el sentido de establecer que el **empleador** de BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL, fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y no el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO** - **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que frente a BLADIMIR PADILLA JULIO y MARÍA ESPERANZA CLAVIJO SABOGAL la **indemnización moratoria** debe ser reconocida única y exclusivamente por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y que frente a tales demandantes se debe tener como extremo final de la indemnización moratoria, el 16 de noviembre de 2016.

**TERCERO** - **REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero** de la sentencia, y **TOTALMENTE el numeral quinto** de la sentencia, en cuanto absolvió a LIBERTY SEGUROS S.A., para en su lugar **CONDENAR** a dicha entidad, al pago de las condenas impuestas a favor la trabajadora DIANA CAROLINA QUINTERO GRANOBLES como aseguradora, las que se deberán reconocer teniendo como límite el monto del valor asegurado a través de las pólizas de cumplimiento 2436541 y 2533998.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00431 -01

Demandante: **BLADIMIR PADILLA Y OTROS**

Demandado: **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN Y FONDO NACIONAL DEL AHORRO.**

**CUARTO** - **CONFIRMAR en lo demás** la sentencia.

**QUINTO** - 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.

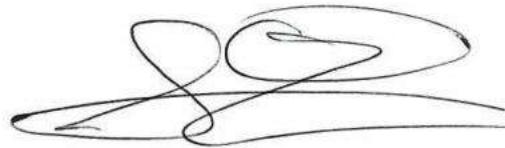
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 006.

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 los apoderados de éstas contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JULIO ROBERTO DÍAZ** promovió contra **MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor solicita el reconocimiento y pago de perjuicios morales, fisiológicos, psicológicos, y patrimoniales.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Laboró al servicio de la demandada del 19 de septiembre de 2007 al 27 de junio de 2008, siendo el encargado del manejo de explosivos comerciales de obras en ingeniería; **2)**

Solicitó el suministro de materiales adecuados para el desarrollo de su labor, así como la correspondiente dotación para la seguridad industrial; **3)** Los superiores hicieron caso omiso de su petición, por lo que, se vio compelido a insistir que los materiales eran de mala calidad, al parecer ilegales; **4)** El 27 de junio de 2008 se presentó accidente de trabajo cuando se encontraba localizando una voladura de material, el que explotó en su mano; **5)** El 30 de diciembre de 2009 se le notificó la pérdida de capacidad laboral, oportunidad en la que se le dictaminó que presentaba un *“trauma ocular bilateral, amputación transradial de MSD (dom), diafisiaria distal de fémur derecho, estallido ocular izquierdo, catarata traumática con subluxación de cristalino derecho y hemorragia retiniana con sospecha de cuerpo extraño en cámara posterior, se practicó evisceración de ojo izquierdo más extracción de cataratas, vitrectomía post y aceite de silicón en ojo derecho, pendiente realización de queratoplastia penetrante en OD; amputación transradial de MSD (dom), practicándose revisión y remodelación del muñón. Pdte. Adaptación de prótesis cosmética. Fx diafisiaria distal de fémur derecho, practicándose os con clavo intramedular, actualmente consolidada. SS evaluación por adaptación laboral. Calificado con deficiencia del 50.00, Discapacidad de 9.30 y una Minusvalía de 21.50, para un total de 80.80 de Invalidez”*; **6)** En marzo de 2010 solicitó indemnización de perjuicios; y **7)** Fue citado a la empresa el 16 de abril de 2010, no obstante, no se logró arribar a ningún acuerdo.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

**MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A.** (fls. 54 a 56), contestó a través de Curador Ad Litem, quien se opuso a las pretensiones de la demanda, señaló que no le constaban los hechos, y en consecuencia que estos debían demostrarse en juicio. No propuso excepciones de mérito.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia a través de providencia del 10 de septiembre de 2021, mediante la cual dictó sentencia en la que declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes, cuya duración se dio entre el 19 de septiembre de 2007 y el 27 de junio de 2008, para desempeñar el cargo de encargado de voladuras devengando como último salario el mínimo legal mensual vigente de la época. Condenó a la demandada al pago a favor del demandante de los siguientes rubros: A. \$55'380.000 por concepto de perjuicios morales objetivados y subjetivados, B. \$69'225.000 por concepto de perjuicios fisiológicos como lucro cesante consolidado, y C \$55'380.000 por concepto de perjuicios psicológicos como lucro cesante futuro. Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la pasiva.

En síntesis, refirió la A Quo, que está acreditado con prueba documental que el actor laboró al servicio de MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A. del 19 de septiembre de 2007 al 27 de junio de 2008, así como que que era el encargado del manejo de explosivos comerciales de obras en ingeniería. En cuanto al salario, determinó que al no haberse probado uno distinto se tendría como tal el mínimo legal, resaltando que en interrogatorio de parte se aceptó el reconocimiento de una pensión de invalidez con base en dicho valor.

Explicó que no existe controversia en cuanto a la existencia de un accidente de trabajo el 27 de junio de 2008 y que la A.R.L. del actor le reconoció pensión de invalidez; que está acreditada la culpa del empleador en el accidente de su trabajador, pues además de estar probadas las graves secuelas físicas del actor, los testigos fueron claros en manifestar que el demandante ya se había acercado a su empleador a señalarle el riesgo en el uso de los materiales que se estaban usando, que no se entregaba una dotación mínima, y que no tenía control ni supervisión de las

labores que realizaba; y que aunado a ello, el empleador puso por encima sus intereses económicos por encima de los del trabajador, comprando materiales menos costosos pero más riesgosos.

Dijo que hay lugar al reconocimiento de perjuicios morales por la suma de 120 SMLMV, pues su accidente, según se deduce de los testigos, le generó un estado de aflicción y un detrimento en su estado de ánimo; que frente a daños fisiológicos se determinaron en la suma de 150 SMLMV, dado que está demostrado que el actor sufrió una disminución permanente con detrimento tanto en su locomoción, visión, y pérdida de mano derecha; que en cuanto a los perjuicios psicológicos se debe reconocer la suma de 120 SMLMV, pues el actor sufrió un daño permanente y con secuelas irreparables, en su locomoción, visión, actitud y disposición de disfrutar de la vida; y que en cuanto a daño patrimonial por salarios dejados de percibir, no es dable ordenar su pago, dado que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de invalidez, aunado a que le fueron pagados salarios por su empleador hasta que se le reconoció la aludida prestación.

Finalmente, adujo que no había lugar a estudiar la excepción de prescripción, dado que no se propuso por parte de la demandada.

#### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

##### **PARTE ACTORA.**

Manifestó frente al daño patrimonial que si bien es cierto el actor tenía la base de cotización sobre el salario mínimo, también lo es que su salario era superior, dos salarios mínimos, según se informó por parte de los testigos; y que al reconocerse la pensión quedó por fuera ese salario mínimo adicional, con lo que el actor pagaba su sustento y el de su familia, su madre.

### **MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A.**

Adujo que no se tuvo en cuenta que en el caso se presentó un doble pago, pues se pudo determinar del interrogatorio de parte que el actor percibió salarios hasta que recibió su mesada pensional; que al momento de percibir el actor su mesada pensional, el demandante recibió un retroactivo de aproximadamente \$14'000.000, el que se debió pagar a la empresa, dado que no se suspendió el pago de salarios, de manera que al recibirlo el actor, válidamente se puede establecer que hubo un *doble pago*; que por lo anterior, debe existir una compensación para la disminución de la condena impuesta; que la condena relativa a los daños de vida relación no tiene una base probatoria que justifique la cantidad de dinero objeto de condena, pues no quedó establecida la actividad deportiva que se desplegaba para que se pueda establecer que hubo una disminución en esas actividades particularmente; que se debe revisar porqué se imponen perjuicios psicológicos, y es separada de las dos anteriores; y que se debe revisar nuevamente la situación de la notificación a su procurada, y se puedan decretar y allegar las correspondientes pruebas, pues no pudieron por esa razón ser allegadas a juicio.

### **V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado para alegar, el que no fue utilizado por las partes.

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.

## **VI. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar: i) si es viable efectuar un nuevo pronunciamiento sobre la forma de vinculación de la demandada a juicio; ii) si es dable establecer que el accionante devengaba dos salarios mínimos legales mensuales para efectos de reconocer alguna suma por concepto de daño patrimonial; iii) si hay lugar a compensar las sumas reconocidas por concepto de salarios pagados hasta la fecha reconocimiento pensional; y iv) si hay lugar a imponer condenas por concepto de perjuicios fisiológicos y psicológicos.

### **CULPA PATRONAL. PERJUICIOS MORALES, FISIOLÓGICOS Y PSICOLÓGICOS.**

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 adocinado 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 (SL2206-2019).

Ahora, y en cuanto a los perjuicios que pueden ser reconocidos como consecuencia de la declaratoria de una culpa patronal, encontramos que son de dos categorías los **daños materiales y los daños inmateriales**; los primeros, son aquellos que afectan propiamente el patrimonio del perjudicado, y están divididos en daño emergente y lucro cesante; los segundos, son los que inciden en cualquiera de las esferas de la persona diferentes a la patrimonial, en los que se incluyen el perjuicio moral, y los daños de vida relación y/o fisiológicos.

Ahora, y en cuanto al **daño emergente**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia como por ejemplo en la sentencia SL2206-2019, ha señalado la posibilidad de reconocer dicho perjuicio, para lo que se debe verificar la pérdida de elementos patrimoniales, así como los gastos en que se debió incurrir, o que deban generarse en el futuro, y la generación de un pasivo patrimonial a causa de los hechos sobre los cuales quiere deducirse responsabilidad.

En cuanto al **lucro cesante**, la misma corporación ha adoctrinado en sentencias como la del 06 de marzo de 2012, rad. 31948 y del 15 de octubre de 2008, rad. 2997, reiteradas en la SL5154-2020, que dicha modalidad de perjuicios debe entenderse como el dinero que se dejó de percibir por la ocurrencia del daño, el que comprende, lucro cesante pasado y futuro, siendo el primero, el que se causa a partir de la finalización del contrato de trabajo hasta la fecha de esta sentencia; y por el segundo, desde el día en que se profiera el fallo, hasta que se cumpla la expectativa de vida probable del trabajador (SL18360-2017); para determinarlo, el juzgador debe sustentarse en fórmulas matemáticas y tener en cuenta factores tales como, la edad del

trabajador al momento del accidente, expectativa de vida, salario devengado, entre otras variables.

En cuanto a los perjuicios inmateriales, en lo referente a los **perjuicios morales**, sea lo primero aclarar que lo que se denomina daños morales objetivos y subjetivos, hoy hacen parte de una misma categoría denominados daños morales, no obstante, ser diferentes. En efecto, los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o impactos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, pesadumbres, soledad, aflicción, dolores internos, síquicos, que no son susceptibles de describir.

Ahora bien, según lo establecido por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, este tipo de perjuicio se encuentra revestido por una presunción *hominis*, según la cual la prueba de su existencia dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo, no de manera arbitraria sino como resultado de una deducción cuya fuerza demostrativa encuadra en clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, que le permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge (SL13074-2014, SL4913-2018, SL2206-2019, y SL5154-2020).

En cuanto al **daño a la vida de relación y/o fisiológicos**, e tiene que este concepto ha sido definido por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia como aquellos daños que *“se originan por el menoscabo en la vida de relación social, que no se equipara a la aflicción íntima, que se padece en el interior del alma, calificada como daño moral subjetivo, ni tampoco con la pérdida de la capacidad laboral, que es estimable en dinero a partir del grado de invalidez establecido por las Juntas Calificadoras; es el daño que afecta la aptitud y disposición a*

*disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales; es una afectación fisiológica, que aunque se exterioriza, es como la moral, inestimable objetivamente, y por tanto inevitablemente sujeta al arbitrio judicial” (SL5195-2019).*

En igual sentido, en sentencia SL492-2021 se dijo que *“consiste en una afectación a la aptitud y disposición para disfrutar de la dimensión de la vida en cualquiera de sus escenarios sociales, que impide que algunas actividades ya no se puedan realizar o que requieren de un esfuerzo o genera incomodidades y dificultades. En otros términos, este daño tiene su expresión en la esfera externa del comportamiento del individuo, «en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico”.*

Así mismo, ha señalado la aludida Corporación que este daño se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo, resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Igualmente, ha expuesto en sentencia del 15 de octubre de 2008, Rad. 32720, que se reiteró en la SL4665-2018, en cuanto a la tasación del *pretium doloris* o precio del dolor, que esta queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1 y 5 de la Constitución Política.

#### **DEL CASO EN CONCRETO.**

No son motivo de controversia en esta instancia los hechos relativos a: **i)** la vinculación mediante contrato de trabajo del demandante a favor de la demandada en los extremos temporales

declarados en la sentencia de primera instancia; **ii)** el cargo desempeñado por el demandante (encargado de voladuras); **iii)** que el actor sufrió un accidente de trabajo el 27 de junio de 2008, por el cual fue calificado mediante dictamen del 24 de diciembre de 2009, por la ARL POSITIVA, quien le determinó una pérdida de capacidad laboral del 80,08%, con un diagnóstico de *“trauma ocular bilateral, amputación transradial de miembro superior derecho (dom), fractura diafisiaria distal de fémur derecho, trauma ocular bilateral, amputación transradial miembro superior derecho (dom), consecuencia de su accidente de trabajo (fls. 4 a 6) y iv)* El demandante nació el 29 de enero de 1969 (fls. 4 a 6).

Pues bien. Adicional a la prueba documental obrante a folios 2 a 11, comparecieron a rendir testimonio **Carolina Villamil Díaz, Demetrio De Jesús Gómez, Dirmar Alberto Vargas Álzate y Benjamín López**, quienes manifestaron:

**Carolina Villamil Díaz** dijo que desde muy pequeña conoció al actor porque era conocido de sus papás; que vivió hasta los 22 años en la vereda de los puentes, que es donde el actor vive; que estuvo muy cerca de la familia del actor para prestarle apoyo; que el demandante prestaba sus servicios para MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A.; que en 2008 el actor tuvo un accidente laboral; que cuando el actor tuvo el accidente, llegó con sus papás al Hospital de Mosquera; que cree que salía de turno de 6 a 2, y llegaron al hospital para ayudar en lo que se ofreciera; que luego se fueron integrando a la familia del actor en apoyo a ellos, y empezaron a apoyarlo en toda su recuperación, visitas, rotar turnos en los hospitales cuando estaba hospitalizado; que desde ese accidente, el actor no volvió a la empresa; que el 16 de abril de 2010, acompañó al demandante a MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A. tenía las oficinas ahí o era el domicilio, lo hicieron ir allá, y el actor dijo que no habían llegado a un acuerdo en esa reunión; que el demandante era buena persona dentro de sus valores y demás; que luego del accidente, el hogar del actor cambió, él ya no podía manejarse

Demandante: **JULIO ROBERTO DÍAZ.**

Demandado: **MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A.**

por sí solo para ir al baño, tuvo una cantidad de temas psicológicos, y la recuperación era muy traumática; que vio al actor sufrir muchísimo, ya no podía ver, estaba con prótesis, tuvo un fuerte trauma psicológico, él era muy activo, practicaba bicicleta, y muchos deportes; que en este momento el actor solo está con su mamá; que el demandante trabajaba explotando piedras; que el demandante recibió una pensión por invalidez; y que sólo participaba en el apoyo y eso, la hermana Blanca Lilia, le daba dinero o el mismo actor.

Por su parte, **Demetrio De Jesús Gómez** manifestó que era compañero de trabajo del demandante; que desde el año 2004 conoce al actor, dado que trabajó al servicio de la demandada; que laboró hasta 2008, y el actor quedó trabajando; que el demandante era polvorero de la empresa; que el demandante sufrió un accidente; que el actor trabajaba con unos materiales que eran muy inestables y rudimentarios; que trabajó en MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN LTDA., para la fecha en que ocurrió el accidente; que no estaba cerca de donde ocurrió el accidente; que al momento del accidente, el demandante no tenía ayudante, se encontraba totalmente solo, y los compañeros que estaban alrededor fueron los que los recogieron y lo llevaron al Hospital de Mosquera; que el empleo del actor es bastante riesgoso, se debía tener un ayudante que estuviera a toda hora pendiente de cualquier eventualidad; que Dirmar Alberto Álzate fue uno de los que llevó al actor y otros compañeros; que se llevó al actor en un carro de la empresa; que el actor quedó bastante mal, la mano le quedó pegada de nada, toda la cara ensangrentada, el estómago perforado, fue una cosa impresionante; que el actor estuvo un tiempo en el Hospital de Mosquera, mientras que le prestaban los primeros auxilios, y que le comentaron que lo trasladaron porque tuvieron que amputarle un brazo, y tuvo problemas de visión; que antes del accidente, el demandante estaba completamente bien, no tenía ningún impedimento de movilidad, pies, manos, visión en perfecto estado; que la empresa no contaba con elementos de primeros auxilios ni un vehículo capacitado para estos

accidentes, lo único que tenía era volquetas y un carro particular del jefe de taller; que al actor primero, lo sacaron en una volqueta, y luego, no vio en que otro carro lo trasladaron; que en ningún momento al actor le dieron la dotación correspondiente para el manejo de explosivos, los elementos que tenía eran precarios, no tenía ninguna clase de protección, a duras penas el casco; que los materiales que usaba la empresa se construían dentro de la empresa, venía un personal y mezclaba esos elementos que no eran convencionales; que los implementos de seguridad del demandante no eran los correspondientes al trabajo que realizaba; que se hacían los materiales al aire libre, y eran materiales muy inestables, como el clorato chino, azúcar, azufre; que vio la clase de mezclas que hacían y la respuesta frente al uso de los mismos, es que eran muy baratos; que el demandante le comentó que hizo reclamaciones sobre los elementos de trabajo, y que le respondían que salía más económico; que conoció de antes al demandante, y éste era una persona normal, con todos sus cinco sentidos en todas sus capacidades normales, sin restricciones, veía bien, sus dos manos bien, caminaba bien, en perfecto estado de salud; que actualmente el demandante perdió todas sus capacidades visuales, su movilidad, camina de forma dificultosa; que el demandante era el polvorero, perforaba y cargaba elementos de explosión; que el accidente fue en la misma empresa; que no recuerda el sueldo del demandante; que el ingeniero residente era José Gabriel Rivera, pero nunca vio que alguien dictara un curso de seguridad; que el demandante le comentó que hubiese recibido pensión; que después del accidente se comunicó telefónicamente con el actor, porque como eran buenos amigos, compañeros de trabajo, le interesa mucho su salud y especialmente, porque quedó muy mal emocionalmente, muy atrofiado de sus cinco sentidos, la pérdida emocional, su pérdida visual, y su movilidad; y que el actor era una persona activa.

**Dirmar Alberto Vargas Álzate** señaló que laboró con el empleador demandado desde en enero del 2008 hasta agosto -

septiembre de 2008; que fue ayudante por un tiempo del actor; que conoció al actor en la empresa, entabló con él una buena amistad, y desde ese entonces lo distinguió hasta la fecha del accidente, compartiendo con éste en reuniones familiares, asados, entre otros eventos; que en el cargo del actor se explotaba terrapleno, o lo que le designaran, tierra, rocas; que fue uno de los primeros que llegó a ayudar a socorrer al demandante el día del accidente; que al momento del accidente, ya no era ayudante del actor, estaba manejando volqueta; que en el instante del siniestro se encontraba haciendo turno para descargar, pero como la planta tuvo una falla mecánica, estaban esperando a que el técnico hiciera la revisión y la reparación, entonces se quedaron observando cómo el demandante estaba haciendo las explotaciones de una roca, y de un momento a otro, dejaron de escuchar detonaciones, y una persona estaba pidiendo auxilio con las manos y la gorra, pedía auxilio y gritaba, bajaron, corrieron las rocas, y ahí estaba el actor con la mano descolgada y con mucha sangre; que entre todos subieron al actor a la volqueta y lo llevaron al Hospital de Mosquera, y de allá lo remitieron al Hospital Simón Bolívar por la gravedad del impacto, el que recibió de la nariz hacia arriba en la cara, perdió toda la mano derecha y se fracturó un fémur; que ninguno de los miembros de la empresa hizo presencia en el accidente, ni el supervisor ni el gerente administrativo; que estuvo varias veces en presencia del demandante haciendo reclamos al ingeniero residente, al capataz, y al mismo ingeniero Andrés, Gerente de la empresa, sobre los materiales que le suministraban, porque eran clandestinos, hechos a base de fórmulas caseras, azúcar, azufre; que cuando el demandante le comentaba la situación al ingeniero residente, éste nunca negó su solicitud, pero le decía que la situación se le salía de las manos, y que le daba orden de trabajar con ese material porque salían más económicos; que al demandante le decían que se podía ir, pero éste decía que tenía responsabilidades; que en la empresa no se contaba ni con una cura; que con el demandante estableció una muy buena amistad, era una persona muy alegre, contenta, le gustaba hacer deporte,

inclusive hasta le buscaba ciclas prestadas para que salieran juntos, pero cambió mucho psicológica y mentalmente a raíz del accidente; que antes de las 7:00 A.M., al actor le gustaba buscarlo, conversar con él, siempre fue calidoso, con un muy buenos días parcerero, cómo le va, cómo amaneció, pero ya no sonríe, es muy callado, una vez lo invitó a su pueblo, y fueron a un afluente y él inmediatamente se puso a llorar, porque el agua estaba deliciosa, quería verla, y al escuchar que a la gente estaba tan alegre y no poder ver, le dolió mucho; que trataba de darle fuerza; que la mayoría de la empresa tenía un salario mínimo para la época, pero el demandante recibía un porcentaje por la explotación, y que en total era alrededor de dos salarios mínimos mensuales; y que no contaban con ningún material para ejercer sus labores.

Finalmente, **Benjamín López** adujo que laboró para la demandada del 2006 al 2007, y luego, un año más desde septiembre del 2008; que su cargo era partiendo piedras; que era vecino del actor; que la función que tenía el demandante era la explotación; que al momento del accidente no estaba trabajando en la empresa; que cuando el actor empezó a trabajar en la mina le daban los materiales sacados de Indumil Alfa, super Alfa, mecha lenta y zules, pero le cambiaron los materiales; que el actor comentaba que estaba muy preocupado porque le habían cambiado los materiales y éste decía que eran súper peligrosos; que el demandante le dijo varias veces al ingeniero residente, Andrés Fernández, la situación de los materiales, y lo que le respondieron fue que si no trabajaba con ese material, le cancelaban el contrato; que alcanzó a trabajar con esos materiales; que el actor tenía \$2'000.000 de salario; que el demandante era "rebacano", trabajador, juicioso, muy responsable en sus cosas; que la única persona que siempre ha dependido económicamente del demandante ha sido la mamá; que luego del accidente, la vida del actor fue muy diferente, para salir al pueblo, tiene que andar con otra persona, solo no puede andar, perdió totalmente la vista; y que al actor le gustaba el fútbol, y

ahorita no práctica deportes, porque la situación económica no le alcanza para para eso.

Evaluated el material probatorio recaudado en las diligencias , lo primero por resolver será lo relativo a la petición del procurador judicial de la pasiva en cuanto a que “se verifique” si se efectuó en debida forma la **notificación de la demandada**, por lo que debe señalarse en primer lugar, que esta Corporación ya tuvo la oportunidad de evaluar y pronunciarse sobre tal tópico, pues la apoderada de la accionada presentó nulidad por indebida notificación el 19 de marzo de 2014, la que fue negada mediante providencia del 05 de octubre de 2016 (fl.112) y remitida a esta Corporación el 30 de enero de 2017 (fl.119), confirmándose la decisión del A Quo, el 18 de julio de 2017 (fls. 133 y 134). Por tanto, sobre tal situación fáctica ya fueron agotados los recursos de ley, se encuentra ejecutoriada, y en consecuencia no es dable efectuar un nuevo pronunciamiento.

Ahora bien. Frente al punto de apelación de la activa, y en lo que atañe al rubro denominado **daño patrimonial** que no es otra cosa que la solicitud de un daño material por lucro cesante por la falta de pago del salario adicional que aparentemente devengaba el actor al momento de su accidente, y que dice se ha dejado de reconocer pues su pensión se está pagando sobre un salario mínimo, y ganaba dos; lo cierto es, que no obra prueba idónea que permita establecer que el demandante devengaba tal cantidad de salarios mínimos.

En efecto, si bien los testigos Dirmar Alberto Vargas Álzate y Benjamín López dieron cuenta que el actor devengaba una suma superior al salario mínimo legal, lo cierto es que de un lado uno de ellos señaló, que era aproximadamente de dos salarios mínimos, que para la época del accidente era \$923.000 (SMLMV 2008=\$461.500), y el otro, informó que era de \$2'000.000; sumas ampliamente disimiles que no permiten determinar con certeza que su salario era alguno de los anteriores. De otro lado, el

primer testigo fue claro en manifestar que el salario a la mayoría de los trabajadores se les pagaba sobre el salario mínimo, empero, que el actor devengaba una suma adicional, por explotación, por manera que, su salario en tales condiciones era variable siendo necesario que se acreditara para determinarlo las explotaciones que se realizaban u otra prueba idónea que determinara el valor -al menos aproximado- del salario efectivamente devengado; razones por las cuales la Sala comparte la decisión del A Quo al estimar que no hay prueba que de manera siquiera sumaria dé cuenta de un salario superior al mínimo y por ello en el punto se confirmará la decisión de primer grado.

Debe resaltarse que para la Sala no existe duda alguna respecto a que el accidente sufrido por el demandante le generó aflicción y un impacto emocional ante la pérdida de la vista, de su movilidad, y de su brazo derecho, circunstancia de que también dieron cuenta la totalidad de los testigos, por lo que, a juicio de esta Sala resulta ajustado a derecho el reconocimiento de **perjuicios morales**; sin que se considere como lo pretende la pasiva, que sea dable **compensar** suma alguna pagada por el empleador por concepto de salarios pagados entre la fecha del accidente de trabajo y el reconocimiento de su pensión de invalidez por parte de A.R.L. POSITIVA.

Lo anterior, por cuanto en efecto, observa la Sala que, en **interrogatorio de parte, el demandante** aceptó que la empresa le pagó el salario hasta el momento que se le reconoció la pensión, no obstante, y aunado a que no se propuso la excepción de compensación, - la que no es dable declarar de oficio conforme las voces del artículo 282 del C.G.P -., encuentra la Sala que el juzgador de primera instancia no efectuó condena por concepto de daño patrimonial, precisamente porque se reconoció tal rubro, actuar que, entiende la Sala, estuvo encaminado a saldar cualquier condena por concepto de lucro cesante consolidado, por lo que, en tal sentido, se entiende que no sería dable efectuar una doble asignación con fundamento en un mismo concepto.

Por otra parte, y en lo que respecta a **perjuicios fisiológicos o daño en la vida relación**, encuentra la Sala que contrario a lo expuesto por la apoderada de la demandada, la prueba testimonial en asocio con el dictamen de pérdida de capacidad laboral efectuado por la ARL, da cuenta de las afectaciones en la salud del demandante y es contundente al referir el menoscabo en la vida de relación social del demandante, y permite determinar la clara afectación en el relacionamiento del demandante y de su disposición para disfrutar su vida en diversos escenarios sociales, pues es claro que ante la pérdida de la vista, la movilidad, y de un brazo, el actor se ve imposibilitado o tendrá dificultades para realizar actividades que anteriormente efectuaba, y de la que dieron cuenta los aludidos testigos, tales como hacer deporte, salir sin restricción a un parque a compartir con sus amistades, realizar reuniones familiares sin ningún tipo de limitación y estar privado del sentido de la vista.

Por tanto, para la Sala se encuentran plenamente acreditados, y en consecuencia sería del caso confirmarlos, sino fuera porque en el numeral segundo de la sentencia, se hizo referencia a que hacían alusión a lucro cesante consolidado, lo que como quedó visto hace referencia a perjuicios materiales, y los perjuicios fisiológicos, sin inmateriales. En consecuencia, se **MODIFICARÁ el literal B. del numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que la suma de \$69'225.000 corresponde a daños fisiológicos.

Por otra parte, y en lo que respecta al pago de **perjuicios psicológicos**, es menester advertir que de antaño la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado que los perjuicios morales involucran aquellos daños denominados subjetivados, los que son equivalentes al precio del dolor físico y de las afecciones psicológicas padecidas por el afectado (sentencia del 06 de julio de 2011, rad. 39867). En consecuencia, no era dable efectuar una doble condena por dicho

Demandante: **JULIO ROBERTO DÍAZ.**

Demandado: **MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A.**

perjuicio, y en consecuencia, a la Sala no le queda otro camino que **REVOCAR literal C. del numeral segundo** de la sentencia, y en consecuencia ABSOLVER a la demandada a efectuar el reconocimiento y pago de perjuicios psicológicos.

#### **VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia.

#### **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 literal B. del numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de establecer que la suma de \$69'225.000 corresponde únicamente a **perjuicios fisiológicos.**

**SEGUNDO: - REVOCAR el literal C. del numeral tercero** de la sentencia. En su lugar, se ABSUELVE a MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A. del reconocimiento y pago de perjuicios psicológicos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

**CUARTO. - 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-025-2013-00379 -03

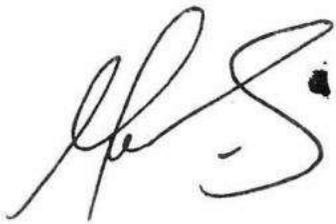
Demandante: **JULIO ROBERTO DÍAZ.**

Demandado: **MINEX COMPAÑÍA DE EXPLOTACIÓN S.A.**

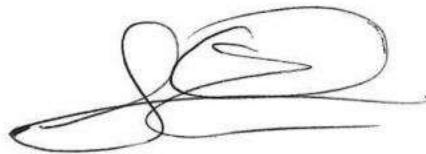
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
DEPARTMENT OF CHEMISTRY  
530 SOUTH EAST ASIAN AVENUE

CHICAGO, ILLINOIS 60607

RECEIVED  
JAN 15 1964

1964

RECEIVED JAN 15 1964

1964

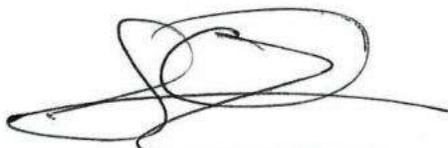
## ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Culpa Patronal  
Demandante: Julio Roberto Díaz  
Demandada: Minex Compañía de Explotación SA  
Radicación: 11001-31-05-025-2013-00379-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación, resulta necesario recordar que, tal como lo ha precisado de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a que con ocasión de un accidente laboral son dos las formas de resarcir el daño causado, *i)* la reparación tarifada que se deriva de la responsabilidad objetiva y compete a la aseguradora de riesgos laborales, si el empleador efectuó la afiliación del trabajador conforme al mandato legal, caso contrario deberá asumir también las prestaciones que se derivan de tal responsabilidad; y, *ii)* la indemnización total y ordinaria de perjuicios, derivada de la responsabilidad subjetiva del empleador, conforme al art. 216 del CST, por culpa patronal, sin que sea posible compensar o descontar de lo adeudado por concepto de lucro cesante, lo pagado por la ARL por concepto de pensión de invalidez, por tratarse de obligaciones diferentes, que son plenamente compatibles (CSJ SL285-2019, CSJ SL2862-2019, CSJ SL16367-2014, CSJ SL10985-2014).

Empero, en este asunto este no fue el motivo de discrepancia con la decisión, sino el salario que adujo la parte demandante en realidad recibía, que como se estableció en las instancias, no se encontró probado; y en consecuencia, siendo ese y no otro el motivo de controversia, no se encontraba habilitada la Sala para disponer la condena por concepto de lucro cesante, que se itera, contrario a lo que parece entender el juez de primera instancia, sí resulta compatible con la pensión de invalidez reconocida al trabajador.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

**Magistrada**

