

Código Único de Identificación: 11001310500420190086801

Demandante: DIANA CASTELLANOS MARTÍNEZ

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. María Alejandra Barragán Coava, identificada con C.C. No. 1.063.300.940 y T.P. No. 305.329 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que

DIANA CASTELLANOS MARTÍNEZ promoviese contra
COLPENSIONES, SKANDIA S.A. (OLD MUTUAL 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 nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de Porvenir S.A..

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Old Mutual S.A. devolver a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones y/o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia; y a esta última a actualizar la historia laboral de la accionante.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fls. 120 a 172), 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 inoponibilidad de

la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Fls. 179 a 280), 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.

SKANDIA S.A. (Fls. 291 a 369), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica.

Visible a folios 370 a 437, obra **llamamiento en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.** efectuado por Skandia

S.A., el cual fue admitido mediante auto del 19 de febrero del 2021, así como fue admitida la **reforma a la demanda**¹ presentada por la parte actora (fl. 438-439).

Frente a la **reforma** de la demanda, Colpensiones y Porvenir S.A. se opusieron a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas (fl. 445-447 y 454 a 459), y Skandia S.A. se opuso a las pretensiones contra esta incoadas (fls. 448-453).

En cuanto al llamamiento en garantía, a folios 505 a 592, obra contestación allegada por **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, sociedad que se opuso frente a las pretensiones de la demanda en cuanto afectaran a dicha entidad, indicando que no le constaban los hechos expuestos y proponiendo como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción y la genérica; en cuanto al llamamiento en garantía, se opuso a sus pretensiones, tras indicar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban, proponiendo como excepciones al llamamiento las denominadas improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador frente al deber de información, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobreviviente e inexistencia de la obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

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) a través de Porvenir S.A.

¹ Visible a folios 287-290

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. devolver a COLPENSIONES las sumas que por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros hubiere recibido por el periodo en que la demandante estuvo afiliada a esas AFP, estos debidamente indexados; así mismo, condenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado y los aportes y declaró probada la excepción denominada improcedencia del llamamiento en garantía, absolviendo a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que, en este caso no se incumplió el deber de información al momento del traslado de la demandante el 1° de julio del 2003, porque para dicha data no existía ninguna norma que regulara el deber de información, ya que resulta distinto que actualmente se ha pretendido darle un alcance al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que no cubre la literalidad de la norma y se ha tratado de dar efectos retroactivos a normas que no se encontraban vigentes ni para el año 1994 ni para el año 2003, fecha en que la demandante se trasladó de régimen pensional.

Señaló que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece un carácter sancionatorio, pero no establece en manera alguna declaración de ineficacia por una eventual omisión al deber de información, por lo que, de una lectura literal de la norma no se colige ni crea el deber de información a cargo de las AFP.

Manifestó que en estos casos se da un trato que resulta inequitativo para las AFP frente a Colpensiones, pues la demandante viene de dicha entidad y se pasa por alto si esta cumplió o no con el deber de información, máxime cuando en el caso concreto la demandante, a la fecha, no conoce cuales son los requisitos para acceder a una pensión en Colpensiones,

como tampoco los conocía en el 2003 cuando efectuó el traslado a Porvenir S.A., tal y como lo manifestó en el interrogatorio de parte, por lo que no es dable considerar que en este caso hubo una omisión por parte de esa AFP, siendo improcedente dar efectos retroactivos a normas que no existían al momento del traslado efectuado por la demandante.

Argumentó que sí existe prueba de la información entregada a la demandante, pues se entregó formulario de afiliación por ella suscrito, sin que se haya tachado tal documento de falso, además en el interrogatorio de parte la demandante señaló que recibió la asesoría suficiente acerca del RAIS y dejó constancia que la escogencia del régimen la realizó de forma libre y espontánea, sin ningún tipo de presiones habiendo sido asesorada sobre todos los aspectos de ese régimen, el de transición, los bonos, requisitos para acceder a la pensión y en tal sentido no puede pasarse por alto la manifestación de la demandante y la ratificación de la voluntad a partir del formulario de afiliación.

Indicó que se aparta de la posición del despacho en cuanto a la carga de la prueba, ya que a juicio de esa AFP no se configuran negaciones de carácter indefinido que permitan la inversión de la carga de la prueba, además, en el presente caso existen actos de relacionamiento que no fueron tenidos en cuenta, tales como el traslado efectuado a Skandia S.A.

Adujo que la motivación de la demandante en este caso es acceder a un derecho pensional de mayor valor en Colpensiones, tal y como lo manifestó en su interrogatorio de parte, sin que pueda pasarse por alto que se está abusando de la figura de la ineficacia con la única finalidad de retornar al régimen de prima media con el único fin de acceder a una mesada pensional más alta.

Expuso que se pasa por alto los deberes que también tienen los afiliados, tanto en su calidad de afiliado al régimen de seguridad social como de consumidor financiero, siendo también su deber acudir e indagar sobre el derecho pensional, máxime cuando el desconocimiento de la ley no sirve de excusa.

En caso de que no se tengan en cuenta los anteriores argumentos, solicita se revoque la condena impuesta respecto de la devolución de gastos de administración y pago de seguros previsionales, en primer lugar, porque la consecuencia de la ineficacia resulta ser que la demandante se tuviera como nunca afiliada al RAIS, por lo que no deberían devolverse los rendimientos causados, sino solamente los aportes, en segundo lugar, porque no debe desconocerse la gestión realizada por parte de Porvenir S.A. pues, producto de las inversiones de los ahorros de la demandante y del buen manejo de los mismos es que se han generado los rendimientos que se ordenan trasladar y, en tercer lugar, porque no puede desconocerse que si la demandante hubiese permanecido en el RPM una parte de sus aportes se hubieran destinado a los gastos de administración y pago de seguros previsionales, tal y como lo establece el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por lo que no hay lugar al traslado de dichas sumas, además porque la demandante ya tenía cobertura frente a los riesgos de invalidez y sobrevivencia y en ese sentido los valores fueron trasladados a un tercero que cumplió con la obligación de cobertura de los mismos.

SKANDIA S.A.

Solicitó se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, respecto de la devolución de gastos de administración con el propio patrimonio de la AFP, ya que dicho concepto tiene una fuente legal conforme la Ley 100 de 1993, que autoriza el cobro de los gastos de administración.

Señaló que los precedentes jurisprudenciales donde se ordena la devolución de los gastos de administración no tienen los mismos fundamentos o características o contexto al presente caso, además, los jueces en las providencias solo están sometidos al imperio de la ley y los principios generales del derecho son criterios auxiliares y, si bien es cierto puede declararse la ineficacia del traslado como lo indica la jurisprudencia, debe imperar los efectos regulados por la ley, porque justamente el legislador colombiano ya había previsto el uso de los gastos de administración tal y como lo contempla el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 señala que, frente a los traslados de régimen pensional, cuando una administradora del RAIS deba trasladar el saldo de las unidades de los aportes efectuados al trabajador destinados a las respectivas cuentas de ahorro individual y al fondo de garantía de pensión mínima multiplicado por el valor de la unidad vigente de las operaciones del día en que efectúe el traslado, concepto que también ha sido expuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia el 15 de enero del 202, en el que señaló que al declararse la nulidad o ineficacia del traslado procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado que incluyen los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los seguros efectuado por la AFP, así como los destinados a la garantía de pensión mínima, por lo que no existe sustento legal alguno para ordenar que se traslade al RPM el valor destinado a financiar los gastos de administración, la prima de seguros Fogafin y los seguros de invalidez y sobrevivencia, además no es posible reintegrar las sumas descontadas por conceptos de comisión de administración, dado que una parte fue destinada para la previsión de seguros de invalidez y muerte y por ende estos se hacen frente a una aseguradora y la otra para sufragar los gastos de administración, de ahí que el porcentaje ya fue pagado

a la aseguradora para cumplir con los riesgos de invalidez y no se encuentran esos recursos en la arcas de la AFP.

Señaló que tampoco es posible reintegrar un porcentaje con respecto de la comisión, teniendo en cuenta que dichos recursos fueron usados para la administración individual de la demandante siendo ineficaz devolver los mismos, máxime cuando la gestión de administración que ha hecho esa AFP ha generado unos rendimientos, adicionalmente, señalo que se ordena la devolución de esos gastos de administración debidamente indexados, situación que resulta ser una doble sanción por un mismo hecho cuya consecuencia es un enriquecimiento ilícito.

Respecto de la prescripción de los gastos de administración, resaltó que si bien es cierto se presume la imprescriptibilidad de las acciones derivadas de la seguridad social, no es menos cierto que en lo correspondiente a la relación entre la afiliada y la aseguradora coexiste también un contrato de seguro provisional conforme lo ha establecido el artículo 1081 del Código de Comercio y esta es una situación excepcional de la regla general de la prescripción, por lo que no es admisible afirmar que este contrato de seguro está sometido al régimen de la seguridad social para extender a él los efectos de la imprescriptibilidad, por lo que debe tenerse en cuenta que frente a los gastos de administración sí opera el fenómeno jurídico de la prescripción general.

Finalmente, respecto de la absolución al llamamiento en garantía, esta es de plena competencia de la jurisdicción laboral para lo cual se remite al Artículo 145 del CPTSS, que por analogía permite acudir al llamamiento en garantía conforme a lo establecido en el Artículo 64 del CGP, el cual busca el reembolso total o parcial del pago que tuviese que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso, situación que se ha reafirmado por la Corte Suprema de Justicia en su

Sala de Casación Laboral, donde se establece que resulta admisible en materia laboral el llamamiento en garantía, por lo que solicita condenar a Mapfre a sufragar la condena impuesta frente a la devolución de los gastos de administración en el momento en que surta efecto la sentencia, ya que esta es la motivación del llamamiento en garantía, pues Mapfre Seguros recibió una prima pagada por esa AFP y esto es lo que justifica el llamado en garantía, no siendo Skandia S.A. quien deba asumir con su propio patrimonio la devolución de los gastos de administración.

COLPENSIONES

Expuso que, no es posible que la demandante sea devuelta al RPM, teniendo en cuenta que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, especialmente en su artículo 13, pues realizó la petición de traslado el 7 de mayo de 2019, cuando ya contaba con 58 años, además, no es posible aplicar la sentencia SU 062 de 2010, pues no es beneficiaria del régimen de transición y no le es posible su traslado en cualquier tiempo.

Adujo que, conforme al Decreto 692 de 1994, la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las pensiones de invalidez, vejez o muerte y esta norma señala los requisitos de forma que debe contener el formulario que se debe diligenciar para adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, además de establecer que cuando el afiliado que se traslade por vez primera del RPM al RAIS en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre espontánea y sin presiones y este era el único requisito sustancial que se exigía para la época del traslado de la demandante en el año 2003, ya que en este documento se consigna la voluntad de afiliación de quien se suscribía.

Expuso que es solo a partir de la Ley 1748 del año 2014 a través de la cual se reguló el deber de información de las AFP y aquella denominada doble asesoría, y como quiera que el traslado de la demandante se realizó en el año 2003 no existía la doble asesoría y no estaba establecida en el ordenamiento jurídico, además el Decreto 2071 del 2015 es donde se establece que la AFP deberá informar al afiliado el monto de su mesada pensional resultante de una mera proyección, siendo esta norma también posterior a la fecha de la afiliación de la demandante al RAIS.

Señaló que el Decreto 2550 del 2010 estableció que los consumidores financieros, en este caso la demandante, tenían deberes, los cuales, en este caso no fueron cumplidos por la actora, como quiera que, conforme lo señaló en su interrogatorio de parte, nunca se acercó a Colpensiones a verificar si el entonces ISS sí había desaparecido, ni averiguar donde resultaba mejor su pensión, máxime cuando no conoce los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el RPM, ni tampoco se acercó a las AFP del RAIS a indagar que significaban los extractos que le llegaban, especialmente cuando la norma en mención establece que los consumidores del sistema financiero deben informarse adecuadamente del sistema general de pensiones, aprovechando los mecanismos de información para conocer su funcionamiento y emplear correctamente al momento de elección y traslado, y en este asunto la demandante en ningún momento realizó la solicitud de esta información sobre su futuro pensional, por lo que no se le puede endilgar toda la responsabilidad a las AFP cuando también está en cabeza de la afiliada indagar sobre el derecho pensional, especialmente cuando se tiene el derecho a la libre escogencia.

Finalmente, indicó que la demandante ratificó su decisión de querer estar en el RAIS, pues en el año 2008 se trasladó de Porvenir S.A. a Skandia S.A., lo que significa que estaba de acuerdo con los beneficios que le otorgaba el RAIS.

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 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 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 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.

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

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º 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 05/03/1987 (Fl.30 y 146); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día

01/07/2003 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 76 y 220); **iii)** efectuó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la AFP Skandia S.A., el día 13/05/2008 (fl. 328), y **iv)** el día 07/05/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 47 a 50)

Pues bien, a folios 76 y 220 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 01/07/2003 con la AFP 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 oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia², sin que para ello sea relevante que la afiliada fuera o no beneficiaria del régimen de transición, como lo expone Colpensiones en su recurso, pues independientemente de ello, la AFP debe cumplir con el deber de información.

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 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

²Según 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.

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, argumentan Porvenir S.A. y Colpensiones al sustentar sus recursos de apelación que el formulario de afiliación era el único requisito exigible para la fecha del traslado de la demandante en el mes de julio del 2003 y que el mismo no fue tachado de falso, situaciones estas que, si bien son ciertas, lo que en realidad acontece es que el valor probatorio otorgado al mentado documento no es de tal peso o valor que permita afirmar que con el mismo, *per se*, la AFP con la que se efectuó el traslado inicial de régimen, logró acreditar la suficiente asesoría a la demandante, al menos en los términos expuestos por la jurisprudencia tantas veces citada, como quiera que en este caso lo que se busca es la prueba del cumplimiento del deber de información, lo cual, se reitera, no se cumple con el simple formulario de afiliación.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 1° de julio del año 2003, con lo que no es de recibo lo argumentado por Porvenir S.A., cuando al sustentar su recurso indica que para la fecha del traslado de la actora no había norma que regulara el deber de información.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, argumento expuesto por Porvenir S.A. como sustento de 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 la afiliada 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.

Ahora bien, si bien es cierto la demandante, como consumidora financiera tenía obligaciones, como la de informarse y el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, lo que da al traste con lo argüido por Colpensiones y Porvenir S.A. en sus recursos.

Frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por Colpensiones y Porvenir S.A. 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 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 PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Castellanos Martínez en el traslado que esta realizó en el mes de julio de 2003, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por

tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que 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, SKANDIA 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 acertada resulta la decisión proferida en primera instancia al ORDENAR a SKANDIA S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados;** (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Dicha **orden será extensiva a PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, tal y como acertadamente lo dispuso la sentencia de primer

grado, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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”.

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 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.

Respecto al llamamiento en garantía hecho por Skandia S.A. a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., objeto de recurso por parte de esta administradora, por el cual busca la mentada AFP, se condene a la aseguradora a pagar la condena impuesta frente a la devolución de los gastos de administración, ya que Mapfre recibió una prima pagada por dicha AFP.

Revisado el plenario se evidencia que a folios 576 a 592 obran pólizas Nos. 9201411000000, 92014070000002 y 9201411900149 cuyo tomador es Skandia Pensiones y Cesantías S.A. con un tipo de contrato por Seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.

Al punto, ha de recordar esta Sala que el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 establece:

“Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”

Lo que implica que las pólizas arriba referidas sólo se activan para cubrir las posibles mesadas que se deriven de las contingencias derivadas por invalidez o muerte, lo que no ocurre en este caso, por lo que Mapfre no tiene la obligación de cubrir condena alguna derivada de la presente litis.

Adicionalmente, la jurisprudencia pacífica de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y garantía de pensión mínima debe ser asumida con los recursos propios de las AFP del RAIS, en este caso de Porvenir S.A. y Skandia S.A., por lo que se comparte la decisión proferida por el *a quo* en tal sentido.

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

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

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

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 Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A., 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., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

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

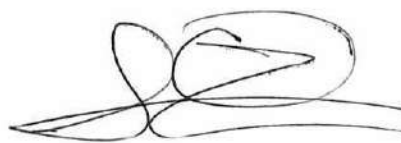
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Aclaro Voto

Código Único de Identificación: 11001310500420190086801

Demandante: DIANA CASTELLANOS MARTÍNEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Diana Castellanos Martínez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**004-2019-00868**-01

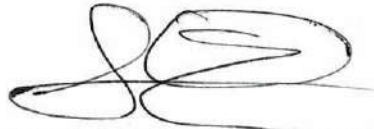
Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de 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.

A stylized, handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke extending to the right.

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 Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JAIME OCTAVIO TORRES** promovió contra **CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de mayo de 2004 al 12 de octubre de 2016 con Josefina Suta; que Carlos Fernando Alvarado Suta es sustituto patronal de Josefina Suta, y por ende solidario de ésta; que la relación laboral terminó sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior, solicita el reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes

a seguridad social integral, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, y reajustes de ley.

Como fundamento de sus pretensiones la demanda presentó como hechos los siguientes: **1)** Josefina Suta como propietaria del establecimiento de comercio Minimercado Pina, contrató sus servicios el 04 de mayo de 2004; **2)** Laboró de manera subordinada hasta el 12 de octubre de 2016, manejando los procesos de venta, atención de clientes, compra a proveedores, realización de inventarios y labores en general de administración; **3)** Josefina Suta falleció el 25 de julio de 2013, pero continuó laborando con el demandado; **4)** Devengaba el salario mínimo; **5)** Con Josefina Suta cumplió un horario de trabajo de 3:00 P.M. a 11:00 P.M, todos los días, y con el demandado, de 10:00 A.M. a 10:00 P.M., todos los días; y **6)** No le han pagado las acreencias laborales que pretende.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA (fls. 21 a 26), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción de la acción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, y falta de legitimación en la causa.

Aceptó que Josefina Suta falleció el 25 de julio de 2013. Negó los demás hechos.

Indicó que desconoce la relación laboral que el accionante tenía con Josefina Suta; que el 16 de agosto de 2013 acordó con el actor la explotación comercial del establecimiento de comercio Minimercado Pina, administrándose este en conjunto con él (demandado); que el accionante actuaba como propietario,

atendía público, y con él se conciliaban las cuentas a diario; que la labor del actor fue la de colocar el capital en mercancías para la venta, ayudando en la atención al público de 7:00 P.M. a 10:00 P.M.; que a final de mes se repartían utilidades por mitad con el demandado; que el acuerdo con el accionante finalizó, ya que éste inició amistad con jóvenes que eran los que administraban el dinero y disponían de estos para sí mismos, no hacían la reposición de inventarios y se empezó a pedir créditos personales a los proveedores.

2. INTEGRACIÓN LITISCONSORCIO CON PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA COMO HEREDERO DE JOSEFINA SUTA.

PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA contestó en los mismos términos que **CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA** (fls. 47 a 52). Igualmente se allegó emplazamiento a herederos indeterminados, sin que persona alguna hubiera manifestado su interés de comparecer a juicio.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 14 de septiembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, refirió la A Quo, que de la prueba testimonial es dable derivar la existencia del Minimercado Pina que era de propiedad de Josefina Suta, y que el actor prestó sus servicios en este, inclusive, después del fallecimiento de la señora Josefina Suta; que no existe constancia de ningún tipo de acuerdo comercial entre el actor y **CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA**, pues los testigos en este sentido son de oídas, y las facturas, si bien están a nombre del demandado, se suscriben a nombre del establecimiento de comercio; que en tales condiciones es dable declarar la existencia de un contrato de trabajo, así como una

sustitución patronal, pues está demostrado que el actor laboró al servicio de la señora Josefina Suta, y que luego de su fallecimiento continuó con Carlos Fernando Alvarado Suta; que de los testigos no se logran extraer los extremos temporales de la relación laboral, pues aunado a que los mencionados por los testigos no son coincidentes con los de la demanda, entre éstos no hay coherencia pues no son coincidentes en cuanto a fechas y horarios de trabajo de prestación del servicio; y que tampoco existe coincidencia de los salarios del actor.

V. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que lo único que debe acreditar el demandante es el elemento de la prestación personal del servicio, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debiendo el empleador desvirtuar el elemento de subordinación; que no se desvirtuó que el salario del actor era el mínimo legal; y que en la contestación de la demanda se adujo que al acuerdo comercial con Carlos Fernando Alvarado Suta nació el 16 de agosto de 2013.

VI. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

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.

VII. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver** se circunscribe a determinar si la relación existente entre las partes devino en realidad en un contrato de trabajo.

DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EXTREMOS TEMPORALES.

En materia laboral, el **principio de la primacía de la realidad sobre las formas** consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar las formas que presuntamente acuerdan las partes.

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

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

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

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

Entonces, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo con las consecuencias que de ello hace derivar la ley.

Igualmente, y en relación con la acreditación de los **extremos temporales** la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora: Así adoctrinó:

“Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

En el sub lite los demandados en ningún momento admitieron las fechas de ingreso y retiro que señaló el actor en el escrito de demanda inaugural, pues no se cuenta con confesión en este sentido, máxime cuando el Curador Ad litem que los representó al contestar el libelo demandatorio, manifestó no constarle y que se atenía a lo que se demostrara (folio 90 del cuaderno del Juzgado); y por consiguiente la carga de la prueba en el específico punto de los extremos temporales se mantuvo en cabeza del trabajador demandante, la cual no se desplazó a la

parte accionada ni se invirtió, como lo quiere hacer ver la censura”.

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentran acreditados en el proceso los hechos relativos a que: **i)** Josefina Suta era la propietaria del establecimiento de comercio Minimercado Pina (fls. 5 y 6); y **ii)** la prestación personal del servicio por el demandante a favor del establecimiento de comercio Minimercado Pina, pues así se declaró por el A Quo y dicho hecho no fue objetado por ninguna de las partes y **iii)** que Josefina Suta falleció el 25 de julio de 2013 (fl.4).

Adicional a la prueba documental de folios 4 a 6 y 28 a 37, comparecieron a rendir testimonio **José Germán Marín Sánchez, Juan Pablo Alvarado Guerrero, Henry Cerquera, y Orlando Ovalle Martínez**, quienes manifestaron:

José Germán Marín Sánchez, afirmó que el demandante estuvo ayudando a Josefina desde 2003-2004; que lo anterior le consta, porque trabaja al frente del lugar donde prestaba servicios el actor, en un parqueadero; que vio al demandante en dos horarios, primero, de 3:00 o 4:00 P.M., y luego, desde que abrían la tienda en la mañana hasta que cerraba, de 10:00 A.M. a 11:00 P.M.; que el actor llegaba a colaborar a Josefina en las cosas de las frutas, y después de un tiempo, dentro de la tienda, que hacía domicilios y concretamente a él (declarante) y a su cónyuge en el parqueadero; que iba a la tienda de Josefina Suta dos o tres veces al día; que vio como Josefina le impartía órdenes al demandante, tales como, que despachara y atendiera gente; que veía al demandante trabajar de domingo a domingo, aunque había unos domingos que no trabajaba, se iba a ver a la mamá; que la tienda estuvo un tiempo cerrada, pero después el demandante siguió trabajando; que el actor era quien despachaba y compraba gaseosa, dulces, cervezas; que le gustaba tomarse una o dos cervecitas, y él era quien despachaba; que no

supo en qué condición siguió el demandante trabajando luego del fallecimiento de Josefina Suta; que no conoce de contratos entre las partes; que después que la tienda estuvo cerrada, el horario que tuvo el demandante fue de 10:00 A.M. a 11:00 P.M.; que no sabe si ese horario se lo impuso alguno de los demandados; que después de que falleció Josefina, el local duró cerrado de 15 días a un mes; que no sabe por qué el demandante se fue de trabajador del supermercado; que CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA iba en la tarde-noche, llegaba a jugar ajedrez; que veía a Carlos Fernando Alvarado dándole órdenes al demandante para que atendiera la tienda, estaba pendiente de que atendiera; que el actor abría el establecimiento y cerraba, él veía porque permanecía en el parqueadero; que CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA se iba a la misma hora que cerraban el local a las 11:00 P.M.; y que veía cuando llegaban "*los de Alpina*", los dulces, las cervezas, y el demandante era quien estaba ahí, quien recibía los pedidos.

Por su parte, **Juan Pablo Alvarado Guerrero** explicó que CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA es su papá y PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA es su tío; que conoce al actor porque se encontraron un par de veces en el negocio de su abuela; que su abuela era Josefina Suta; que conoció al demandante después de que su abuela falleció, porque fue en agosto de 2013, a instalar un sistema para que los negocios pequeños puedan tener un sistema de recargas; que esa solicitud de instalación del sistema no se hizo por orden del demandante, fue su papá quien le dijo que le ayudara; que según le dijo su papá, su abuela y el actor tenían un acuerdo, se dividían 50-50 las ganancias del negocio; que estuvo en la tienda casi un mes, e iba intermitente porque era estudiante universitario; que su papá iba esporádicamente, la mayoría de las veces a jugar ajedrez; que no vio que entre el demandante y su padre se distribuyeran las utilidades del negocio; que no le constan los horarios del actor; que no le consta si los demandados hayan en algún momento subordinado al demandante; que el demandante administraba el

negocio cuando iba, lo atendía; que no recuerda hasta qué fecha trabajó el demandante.

Henry Cerquera dijo que conoció a Josefina Suta, pues se crió cerca del supermercado que ella tenía, que luego, estuvo en la calle 53 con carrera 16; que el demandante estuvo trabajando con Josefina Suta, más o menos desde el 2004; que tuvo un taller por más de 10 años cerca al supermercado; que todos los días veía al demandante en el local de Josefina Suta y de vez en cuando, iba con sus amigos a tomar, siendo atendido por éste; que al comienzo Josefina Suta era la que abría y después llegaba él, hacía aseo, y llevaba pedidos; que el horario era más o menos entre 8:00 A.M. y las 8:30 P.M, y cerraban tardecito a las 10:30 P.M.- 11:00 P.M.; que iba fines de semana al negocio, y entre semana, excepcionalmente a comprar alguna que otra cosa; que en ningún momento percibió si Josefina le hubiera hecho llamadas de atención o sanciones al actor; que después del fallecimiento de Josefina Suta, CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA, tomó el local; que el negocio estuvo cerrado por las cosas del velorio, después abrió y siguió trabajando el demandante; que no sabe el vínculo contractual existente entre el demandante y los demandados; que el demandante después de que falleció Josefina estaba a las 9:00 A.M. hasta que cerraban; que el actor en ese caso, ya era quien atendía el negocio; que CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA iba de vez en cuando porque él juega mucho ajedrez, sobre todo por las tardes; que no vio que alguno de los demandados le impartiera instrucciones al demandante; y que no sabe hasta cuándo estuvo el actor laborando en el establecimiento de comercio.

Finalmente, **Orlando Ovalle Martínez** adujo que era vecino de la localidad donde está el establecimiento de la señora Josefina; que empezó a visitar el establecimiento en 2006-2007, ahí distinguió al demandante; que cuando iba a hacer compras, veía al demandante, a veces en la mañana o en la tarde; que iba al establecimiento de Josefina Suta, dos o tres veces a la semana;

Demandante: **JAIME OCTAVIO TORRES.**

Demandado: **CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA.**

que nunca vio que Josefina Suta impartiera órdenes, a veces lo atendía el actor, y a veces Josefina; que después de que falleció Josefina Suta el establecimiento estuvo un tiempo cerrado, 20 días aproximadamente; que después fue reabierto el negocio otra vez, un tiempo vio a CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA, y después al demandante; que no sabe si existió algún acuerdo comercial entre el demandante y CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA; que a CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA lo veía en las tardes jugando ajedrez; que no veía que CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA le impartiera órdenes al demandante, lo veía jugando ajedrez; que el demandante mientras tanto atendía; y que no tiene conocimiento de que el demandante dejara de trabajar en el establecimiento de comercio.

Pues bien, evaluada en conjunto la totalidad de la prueba, bajo los lineamientos del art. 61 del C.P.T. y de la S.S., la Sala concluye que tal como lo indicó el A Quo, en efecto se tiene certeza que el demandante prestó sus servicios a favor de Josefina Suta. También se tiene certeza que luego del fallecimiento de ésta prestó el servicio a favor de CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA, desempeñando con la primera, labores de arreglo de frutas y verduras, y en domicilios, y con el segundo, la atención de clientes, proveedores, y de administración en general.

Por tanto, le correspondía a la parte demandada desvirtuar el elemento de la subordinación, objetivo que no logró pues el testigo Juan Pablo Alvarado Guerrero si bien afirma que entre las partes existió un acuerdo comercial, tal situación le consta porque el mismo demandado CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA (su padre) se lo comentó, por lo que es un testimonio de oídas; y el testigo Orlando Ovalle Martínez tan solo manifestó que no le constaba que al demandante se le suministraran órdenes, y que no conoce si existió un acuerdo comercial entre el actor y CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA. Por el contrario, de la declaración del señor José Germán Marín Sánchez se pueden

extraer las circunstancias de tiempo modo y lugar por las que le constan los hechos narrados, los que se circunscriben a describir cómo vio que la señora Josefina Suta, durante el lapso de 2003 ó 2004 hasta la muerte de ésta le impartía órdenes al demandante, y que luego del fallecimiento de aquella, quien asumió ese rol fue CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA.

De igual manera, resultan insuficientes para determinar la autonomía del demandante las facturas de proveedores obrantes a folios 28 a 36, pues estas no reflejan que aquel no estuviera sujeto a subordinación, para ello, era necesario que se acreditara que no suscribía tales facturas en cumplimiento de órdenes; circunstancia que brillan por su ausencia.

Así las cosas, procede la Sala a establecer, si pese a que se encuentra acreditada la prestación del servicio por parte del demandante en favor de los demandados acertó la A Quo al absolver de las pretensiones argumentando no estar acreditados los extremos temporales del vínculo laboral; observándose frente al punto que los testigos José Germán Marín Sánchez y Henry Cerquera dieron cuenta que vieron al actor aproximadamente en 2003-2004; que el accionante prestaba sus servicios colaborándole a Josefina Suta en arreglo de frutas y verduras, y después de un tiempo, adentro de la tienda, haciendo principalmente domicilios; y que después del fallecimiento de Josefina Suta la tienda estuvo cerrada entre 15 y 30 días, pero que luego regresó el actor, siendo el que se encargó del despacho y la compra de los productos de la tienda; circunstancia de la que también dio cuenta el testigo Orlando Ovalle Martínez.

Ahora, no desconoce la Sala que los testigos José Germán Marín Sánchez y Henry Cerquera mencionaron horarios de trabajo distintos en el que el actor prestaba sus servicios, pues el primero, informó que el accionante trabajaba de domingo a domingo de 3:00 P.M.- 4:00 P.M. a 11:00 P.M. cuando estaba viva Josefina Suta, y el segundo, señaló que lo era de 8:00 A.M.- 8:30

A.M., y que cerraban a las 10:30 P.M.- 11:00 P.M.; no obstante, a juicio también compareció en calidad de testigo de la pasiva, el señor Orlando Ovalle Martínez, quien señaló que veía al actor cuando iba a hacer compras, a veces en la mañana o en la tarde, por lo que, es dable entender que el accionante tenía horarios diferentes, siendo lo cierto que todos los días estaba prestando su servicio a favor de la señora Josefina Suta.

En consecuencia, para la Sala es claro que, contrario a lo afirmado por el A Quo, y pese a la falencia probatoria de la parte demandante, en el expediente si existe prueba que permite extraer los extremos temporales en los que el demandante prestó el servicio, determinando que, si la relación laboral inició *“en 2003 o 2004”*, resulta posible en tal entender fijar como fecha de inicio de la relación laboral el último día del año 2004, al carecerse de día y mes, esto es, el **31 de diciembre de 2004**, extremo que se aproxima teniendo como faro la jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que en sentencia SL1181-2018, que reiteró la del 04 de noviembre de 2013, Rad.37865, señaló:

“En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado”.

En cuanto al extremo final, encuentra la Sala que la señora Josefina Suta falleció el 25 de julio de 2013 (fl.4), y que el demandante continuó laborando, por lo que en tales condiciones operó una **sustitución de empleadores** de conformidad con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del C.S.T.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que ante la muerte del empleador, sus herederos no pasan a ser sus representantes en

los términos previstos en el artículo 32 del C.S.T., sino que entran a ocupar su lugar en las diferentes relaciones jurídicas y en lo que al contrato de trabajo se refiere, suele darse la sustitución de empleadores en los términos previstos por el artículo 67 *ejusdem* o, si es del caso, se produce la subrogación de la deuda laboral pendiente después de terminado el nexo laboral. En efecto en sentencia del 07 de marzo de 1996, Rad. 7755, reiterada en la SL2346-2019 y SL1479-2020, se señaló:

“Y frente a los argumentos que esgrime la censura, importa aclarar que cuando el empleador fallece no es que sus herederos pasen a ser sus representantes en los términos previstos en el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, sino que entran a ocupar su lugar en las correspondientes relaciones jurídicas, de forma que al contrato de trabajo se refiere **suele darse a sustitución de patronos en los términos previstos por el artículo 67 *ibídem*** o sencillamente si es del caso se produce la subrogación de la deuda laboral pendiente después de fenecido el nexo laboral”. (Negrillas por la Sala).

Así las cosas, ante el fallecimiento de Josefina Suta los llamados a responder son los herederos de ésta, esto es, quienes fueron llamados en tal calidad, CARLOS FERNANDO y PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA, de manera que, en tales condiciones, es dable deprecar que entre el actor y Josefina Suta, existió una relación laboral entre el 31 de diciembre de 2004, y que fue sustituida, en virtud de su fallecimiento, lo que acaeció el 25 de julio de 2013, a sus hijos, CARLOS FERNANDO y PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA.

De esta manera, procede la Sala a verificar el extremo final de la relación laboral, evidenciándose que en **interrogatorio de parte**, CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA señaló que el demandante dejó de manejar el establecimiento de comercio Minimercado Pina cuando éste demandado se dio cuenta que se acabó la mercancía por la deficiente administración del actor, ya no había mercancía por vender, y perdió la confianza en él, pues era quien manejaba absolutamente todo, lo que ocurrió en “octubre de 2016”.

Por tanto, para la Sala es dable establecer que la relación laboral se extendió por lo menos **hasta el 01 de octubre de 2016**, de conformidad con la sentencia del 07 de marzo de 1996, Rad. 7755, reiterada en la SL2346-2019 y SL1479-2020, arriba citada, pues en el caso concreto se conoce el mes y año de la cesación de la prestación del servicio, pero no el día.

Frente al punto, debe precisarse que, pese a que de conformidad con la totalidad de los testigos el demandante no prestó el servicio una vez acaecida la muerte de la señora Josefina Suta, y que conforme lo afirma en la contestación de la demanda la pasiva, tan solo hasta el día 16 de agosto de 2013 se reanudó la prestación del servicio del demandante en el establecimiento de comercio, Minimercado Pina; debe tenerse en cuenta que, de un lado no puede considerarse que finiquitó la relación laboral e inició una nueva contratación, pues como bien se sabe la muerte del empleador no es causal de terminación del contrato de trabajo (artículo 61 CST), y de otro lado, tampoco transcurrió más de un mes, ni se efectuó liquidación o terminación del contrato al actor, y la falta de prestación del servicio acaeció por una circunstancia que era razonable, como lo es el fallecimiento de quien fungía como propietaria y la necesidad de tomar decisiones por parte de quienes asumirán su dirección, esto es, sus herederos.

En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia**, y se **DECLARARÁ** la existencia de un contrato de trabajo entre el **31 de diciembre de 2004** y el 25 de julio de 2013 entre el demandante y Josefina Suta; que operó el fenómeno de la sustitución de empleadores el 25 de julio de 2013 con ocasión del fallecimiento de Josefina Suta; y que en consecuencia desde el 26 de julio de 2013 hasta el **01 de octubre de 2016**, la relación laboral del demandante continuó con sus herederos, CARLOS FERNANDO y PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA.

SALARIO, PRESCRIPCIÓN, Y LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES.

Teniendo en cuenta que no se logró demostrar a través de un medio probatorio idóneo el **salario** del actor, pues la única prueba al respecto es el interrogatorio de éste, quien informó que devengaba \$800.000, no queda otro camino que establecer que su salario era el mínimo legal mensual vigente.

En cuanto a la **prescripción**, operó dicho fenómeno sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al **15 de noviembre de 2014**, de conformidad con los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S., 488 y 489 del C.S.T., que disponen un término de tres años para la exigir un derecho so pena de extinción del mismo, pues se demandó el **15 de noviembre de 2017** (fl.18); en consecuencia, operó el fenómeno en estudio sobre las acreencias laborales pretendidas que se causaron con anterioridad al 15 de noviembre de 2014, con excepción de las cesantías y los aportes a seguridad social en pensiones, pues los primeros, se hacen exigibles con la terminación del contrato de trabajo, y los segundos, son de carácter imprescriptible.

En consecuencia, y dado que la pasiva no aportó prueba alguna del pago parcial o total de las acreencias laborales causadas por el demandante se condenará al pago por concepto de **liquidación de prestaciones sociales** de los siguientes valores:

- **Cesantías, \$6'339.199,44.**

- **Intereses las cesantías**, teniendo en cuenta que operó la prescripción de los correspondientes a 2004 a 2013, hay lugar al pago de **\$233.976,60.**

- **Prima de servicios**, teniendo en cuenta que operó la prescripción de las correspondientes a la proporción del segundo semestre de 2004 al segundo semestre de 2014, hay lugar al pago de **\$1'641.805.**

- **Vacaciones**, teniendo en cuenta que operó la prescripción de las correspondientes al 31 de octubre de 2004 al 30 de octubre de 2013, hay lugar al pago de **\$1'578.265,36.**

APORTES A SEGURIDAD SOCIAL.

Respecto de los **aportes a salud y riesgos laborales**, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, tiene dicho que no es dable cancelar directamente al trabajador los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, pues es solo en algunos eventuales casos, previamente definidos en la ley, que se pueden devolver aquellos efectuados de más, pero no puede ordenarse el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos, tal y como se logra desprender de las sentencias SL3009-2017 y SL1091-2018; en la última sentencia aludida se señaló:

“Reintegro de las sumas gastadas en salud de la demandante y de su grupo familiar por la no afiliación al Sistema Integral de Seguridad Social. En relación con los aportes a salud la Sala tiene dicho que no es dable cancelar directamente los aportes que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque, sólo en algunos eventuales casos, previamente definidos en la ley, es que se pueden devolver aquellos efectuados de más, pero no puede ordenarse el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado que lo que procede frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

Lo anterior significa, que los aportes en salud implican que la correspondiente EPS asumiera los pagos propios del subsistema de salud en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte de la demandante por estos conceptos, no hay

lugar a ordenar devolución alguna, porque se itera, no se acreditó que se hubiera realizado algún pago por este concepto”.

En lo atinente a **caja de compensación familiar**, en sentencia SL1225-2019, con similares argumentos, la aludida corporación señaló que carecía de sentido ordenar su pago una vez finalizado el contrato de trabajo:

“Respecto de la pretensión por no afiliación a una caja de compensación familiar, es una prestación social consagrada en las Leyes 21 de 1982 y 789 de 2002 y los Decretos 341 de 1989, 748 de 1989 y 1769 de 2003, que consiste en una serie de beneficios tanto económicos como prestacionales durante la vigencia de la relación laboral. Por lo tanto, carece de sentido ordenar su pago una vez finalizado el contrato de trabajo”.

De esta manera, el único valor que es dable condenar por concepto de seguridad social es el del subsistema pensional, aportes sobre los que debe resaltarse su naturaleza imprescriptible, pues *“mientras el derecho pensional está en formación, la prestación está sometida a condición suspensiva, lo que implica que durante dicho lapso no es exigible y por tanto no prescribe el derecho que le asiste al accionante para poder reclamar el cálculo actuarial o bono pensional que le permita completar el número de semanas o aportes requeridos”* (SL5041-2021).

Así las cosas, se ORDENARÁ reconocer y pagar a favor del demandante, en la entidad donde se encuentra afiliado a pensión, o donde éste elija en caso no estar vinculado al sistema pensional, los aportes pensionales por el tiempo laborado; cálculo actuarial que deberá ser liquidado teniendo como salario base, el salario mínimo legal diario vigente para cada anualidad.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha

circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, el trabajador, quien afirma haber sido despedido debe probar el hecho del despido; por su parte el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

En el *sub lite*, está demostrado fehacientemente el hecho del despido, pues si bien los testigos desconocen el porqué de la terminación de la relación laboral, en interrogatorio de parte CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA manifestó que se finalizó el vínculo, porque *se perdió la confianza en el demandante*, y ya no había dinero ni mercancía para continuar tal relación contractual, circunstancia de la que se puede desprender una decisión unilateral del empleador de dar finiquitado el contrato de trabajo, sin que la misma constituya justa causa conforme a los artículos 62 y 63 del C.S.T.; por manera que, a juicio de la Sala se reconocerá por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de **\$5'633.102,70.**

SANCIONES MORATORIAS.

Las **indemnizaciones moratorias** consisten en una sanción que se impone por la falta de pago de salarios y prestaciones sociales o por falta de consignación de las cesantías de conformidad con los artículos artículo 65, inciso 1° y numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, respectivamente del C.S.T., y consisten en el pago de un día de salario por cada día de retardo.

Ahora bien, la máxima corporación de la justicia ordinaria en su especialidad laboral ha advertido en innumerables

providencias, como por ejemplo la **SL16884-2016** y la **SL3071-2018**, que no se puede excluir de manera automática la aplicación de las sanciones moratorias, pues se deben analizar las circunstancias particulares de cada caso; y pende de la valoración que el juzgador realice sobre la conducta del empleador renuente, ello fundamentado en el hecho de que no existen reglas absolutas cuando se determina la buena o la mala fe. De esta manera, se precisa que cuando se habla de este tipo de sanciones, 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**).

Sentados los anteriores presupuestos, considera la Sala que en juicio los demandados han obrado con buena fe, y en consecuencia que no es dable imponer las sanciones moratorias, pues si bien se declara la existencia de un contrato de trabajo, no es menos cierto que de los testigos comparecientes, es dable extraer que una vez falleció la señora Josefina Suta, el 25 de julio de 2013, la labores que desempeñó el accionante mutaron de organizar frutas y verduras, y ser el encargado de los domicilios, a tomar la administración del establecimiento de comercio, Minimercado Pina, escenario en el que si bien no se logró desvirtuar fehacientemente el elemento de la subordinación ni se demostró la existencia de un acuerdo comercial entre las partes, sí se logra entrever un grado de autonomía importante con el que actuó el actor en tal periodo, por lo que, no resulta incoherente que durante ese tiempo los demandados hubiesen tenido la convicción de que estaban contando con un socio, aportando el correspondiente capital y el demandante su fuerza de trabajo.

En consecuencia, no se considera que los demandados hubieran obrado de mala fe, por el contrario, dieron continuidad a la relación laboral que el actor ostentó con su madre, Josefina Suta, y le brindaron la posibilidad de administrar el negocio ante

el fallecimiento de su madre, confiando en la experiencia que tenía en el desempeño de tal labor.

Por tanto, no se accederá a las sanciones moratorias, sin embargo, y ante la pérdida del poder adquisitivo de los valores de las condenas impuestas, se hace necesario imponer su reconocimiento debidamente **indexado**.

VIII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en ambas instancias a cargo de los demandados.

IX. 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: – REVOCAR la sentencia. En su lugar, se dispone:

A. DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo del 31 de diciembre de 2004 al 25 de julio de 2013 entre JAIME OCTAVIO TORRES y Josefina Suta; que operó el fenómeno de la sustitución de empleadores el 25 de julio de 2013 con ocasión del fallecimiento de Josefina Suta; y que en consecuencia desde el 26 de julio de 2013 hasta el 01 de octubre de 2016, la relación laboral de JAIME OCTAVIO TORRES continuó con sus herederos, CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA y PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA.

B. DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 15 de

Demandante: **JAIME OCTAVIO TORRES.**

Demandado: **CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA.**

noviembre de 2015, excepto cesantías y aportes a seguridad social en pensiones.

C. CONDENAR a CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA y a PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA a pagar a favor de JAIME OCTAVIO TORRES, los siguientes valores debidamente **indexados**:

- **Cesantías**, \$6'339.199,44.
- **Intereses las cesantías**, \$233.976,60.
- **Prima de servicios**, \$1'641.805.
- **Vacaciones**, \$1'578.265,36.
- **Indemnización por despido injusto**, \$5'633.102,70.

D. CONDENAR a CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA y a PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA a pagar a favor de JAIME OCTAVIO TORRES, **aportes a seguridad social en pensiones**, en la entidad donde se encuentra afiliado a pensión, o donde éste elija en caso no estar vinculado al sistema pensional, los aportes pensionales por el tiempo laborado a favor de los demandados, 31 de diciembre de 2004 al 01 de octubre de 2016; cálculo actuarial que deberá ser liquidado teniendo como salario base, el salario mínimo legal diario vigente para cada anualidad.

E. ABSOLVER a CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA y a PEDRO ANTONIO ALVARADO SUTA de las demás pretensiones.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias a cargo de los demandados.

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.

Demandante: **JAIME OCTAVIO TORRES.**

Demandado: **CARLOS FERNANDO ALVARADO SUTA.**

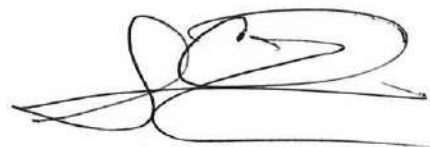
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de los demandados.



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.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de septiembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JAIRO ORLANDO ROJAS NOSSA** promovió contra **CONSORCIO P 300 conformada por las empresas N B CONSTRUCTORA S.A.S., TRIVENTI INGENIERIA S.A.S., LAB CONSTRUCTORA S.A.S., Y CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. SUCURSAL COLOMBIA; y el INSTITUTO DE CASAS FISCALES DEL EJÉRCITO DE COLOMBIA- I.C.F.E.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, se solicita se declare la existencia de un contrato de trabajo del 29 de mayo de 2014 al 20 de enero de 2017; que la relación laboral finiquitó sin

justa causa imputable al empleador; que la carta de aceptación de renuncia del 12 de enero de 2017, carece de validez; que devengaba un salario de \$7'690.549; que se debió ajustar su salario en 2015 y 2016 conforme al I.P.C.; y que las demandadas deben responder en solidaridad. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de los ajustes de cesantías, prima de servicios, intereses a las cesantías, y vacaciones; reajuste salarial por incremento anual para los años 2015 y 2016; indemnización por no consignación de las cesantías; indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo; salario del 12 al 20 de enero de 2017; e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Celebró un contrato de trabajo a término indefinido con el CONSORCIO P 300, para desempeñar el cargo de Director de Obra; **2)** Devengaba \$3'190.549 y un auxilio de \$2'250.000; **3)** Cumplía horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00A.M. a 5:00 o 6:00 P.M; y los sábados de 7:00 A.M. a 1:00 P.M; **4)** Sus labores se desarrollaron en el proyecto Plan 300, cuyo propietario es el I.C.F.E., dependencia adscrita al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO DE COLOMBIA, y quien además suscribió contrato para la construcción total del proyecto Plan 300 con el CONSORCIO P 300; **5)** El CONSORCIO P 300 fue creado por las empresas, N B CONSTRUCTORA S.A.S., TRIVENTI INGENIERIA S.A.S., LAB CONSTRUCTORA S.A.S., y CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. SUCURSAL COLOMBIA; **6)** Ha sido víctima de maltratos y persecución por cuenta de directivos del CONSORCIO P 300, Jorge Martínez Feduchi, pese a que nunca tuvo ningún tipo de llamado de atención; **7)** El 12 de enero de 2017, el CONSORCIO P 300 a través de su representante legal aceptó su renuncia con efectos a partir del 11 de enero de 2017, pese a que su renuncia fue presentada el 13 de enero 2017; **8)** Cuando se aceptó su renuncia, se informó que debía entregar el informe del estado de la obra, por lo que, debió permanecer nueve días más, trabajando; **9)** El 19 de enero de 2017 presentó carta de renuncia

motivada y el informe solicitado; y **10)** El 25 de enero de 2017 presentó reclamación administrativa ante el CONSORCIO P 300, frente a la que se dio respuesta negativa el 09 de febrero de 2017.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

TRIVENTI INGENIERÍA S.A.S. (fls. 137 a 142), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimidad y divisibilidad de la obligación.

Aceptó entre el actor y el CONSORCIO P 300 existió un contrato de trabajo a término indefinido; que el actor fue contratado para el cargo de Director de Obra; y que el 13 de enero de 2017 se presentó carta de renuncia por parte del trabajador. Negó los demás hechos.

Manifestó que fue retirada del manejo y administración de la obra por parte de CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. Sucursal Colombia, quien asumió el control total de la obra, por lo que desconoce las actuaciones del CONSORCIO P 300.

Por su parte, el **I.C.F.E.** (fls. 145 a 161), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe de la administración, falta de causa para demandar contra el I.C.F.E., inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación solidaria.

Aceptó que suscribió un contrato con el CONSORCIO P 300 para la construcción del proyecto Plan 300 y negó los demás hechos.

Expuso que quien asumió las obligaciones laborales de los trabajadores para ejecutar el proyecto Plan 300 fue el CONSORCIO P 300; y que el Plan 300 es una obra civil ajena a su actividad, pues su objeto es desarrollar la política y los planes generales de vivienda por el sistema de arrendamiento que adopte el Gobierno Nacional respecto del personal de oficiales y suboficiales en servicio activo y personal civil del ejército.

CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. SUCURSAL COLOMBIA (fls. 242 a 252) de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, buena fe, compensación, prescripción, y la genérica.

Aceptó entre el CONSORCIO P 300 y el demandante se celebró un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de Director de Obra; que el 13 de enero de 2017 el actor presentó carta de renuncia, la que fue aceptada; y que el 09 de febrero de 2017 se dio respuesta de forma negativa a la reclamación administrativa del actor. Negó los demás hechos.

Expuso que no fue empleadora del demandante; que la terminación del contrato de trabajo fue consecuencia de una renuncia presentada por el actor, por demás que éste entregó facturas a favor de contratistas por labores que no habían entregado y que no cumplen con los estándares de calidad de la empresa.

NB CONSTRUCTORES S.A.S. (archivo 004 del medio óptico de folio 408) igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

No aceptó ningún hecho. Expuso que el vínculo laboral el actor lo sostuvo con el CONSORCIO P 300, siendo la encargada de su administración desde 2006, CONSTRUCTORA RABUA SUCURSAL COLOMBIA S.A.S.; que no hay lugar a los incrementos de salarios por los años 2015 y 2016, ya que, el salario que devengaba el actor era superior al salario mínimo, por lo que el empleador no estaba obligado a realizar ajustes o incrementos salariales; y que el auxilio de \$2'250.000 tenía como fin facilitar el desempeño de las funciones del actor.

Finalmente, mediante auto del 25 de agosto de 2021 se dispuso tener por NO CONTESTADA la demanda por parte de **LAB CONSTRUCCIONES S.A.S.** (archivo 021 del medio óptico de folio 408).

2. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA.

El **I.C.F.E.** llamó en garantía a **CONFIANZA S.A.** (fls. 423 a 432), quien se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de solidaridad laboral entre el I.C.F.E. y el CONSORCIO P 300 por las acreencias laborales pretendidas por el demandante; no extensión al asegurado ni a la aseguradora de condenas por indemnizaciones moratorias; y en el evento de llegarse a afectar la póliza de cumplimiento, la aseguradora podrá hacer uso del ejercicio de derecho de subrogación.

Negó los hechos de la demanda. Adujo que el único legitimado para pretender la afectación de la póliza 01GU058077 es el I.C.F.E.; que el I.C.F.E. no puede responder en solidaridad, ya que, entre las funciones del actor como Director de Obra no existe relación con las de tal instituto; que la condena por indemnización moratoria debe ser vista en cada caso particular, y en este, es claro que el I.C.F.E. es un tercero de buena fe, que no tiene responsabilidad en el pago de prestaciones sociales de su empleador.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de septiembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió la A Quo, que está acreditado que el actor celebró contrato de trabajo con el CONSORCIO P 300 y que laboró desde el 29 de mayo de 2014 como Director de Obra; que el actor en la carta del 19 de enero de 2017 hace referencia a que presentó su renuncia el 11 del mismo mes y año, y que estaba dando respuesta a la aceptación del 12 de enero de 2017, por lo que, en tal sentido es dable tener que el 11 de enero de 2017 finalizó la relación laboral; y que lo anterior, también se aceptó en interrogatorio de parte, por demás que tal acto es independiente a que con posterioridad hubiere tenido que ejecutar acciones para la entrega de su cargo, y la carta del 19 de enero de 2019 es la carta de entrega de documentación de la obra.

Finalmente, indicó que en la renuncia presentada por el actor del 11 de enero de 2017 no señaló los motivos por los cuales daba por finiquitado el contrato de trabajo, motivo por el que no es dable imponer indemnización por despido indirecto; que no es dable incrementar el salario de 2015 y 2016, puesto que el salario del actor era superior al mínimo legal, y no es el juez laboral el llamado a ordenar tal aumento, ; que se demostró el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, así como el reconocimiento de estos por parte del CONSORCIO P 300; que no se impone la obligación al empleador de comunicar al trabajador el pago de sus prestaciones sociales cuando dicho pago se hace en la misma cuenta en la que se le pagaban sus salarios por nómina; que conforme a lo narrado en las pretensiones y hechos de la demanda, el salario del actor nunca se incrementó, por lo que, con tal aseveración se desvirtuó lo establecido en el folio 34 acerca del valor del salario del actor; que el auxilio de

alimentación fue tenido en cuenta para liquidar prestaciones sociales, no obstante, los auxilios de rodamiento y de gasolina, no se les dio tal carácter, frente a los que no se acredita que tengan como fin la contraprestación del servicio desarrollado por el demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que de las documentales y de los testimonios se puede extraer hasta qué fecha trabajó el actor, situación que permite el reconocimiento de una indemnización por despido sin justa causa; que se debió tener como salario, todo dinero que ingresó a las arcas del trabajador y que ayudó a éste a aumentar su patrimonio; que no es dable dejar de valorar documentos que no han sido objeto de tacha para determinar el monto real del salario y liquidar las correspondientes prestaciones sociales; y que las demandadas deben responder en solidaridad.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre 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 CONSTRUCCIONES RUBAU S.A. SUCURSAL COLOMBIA, NB CONSTRUCCIONES S.A.S., I.C.F.E., y de la parte actora, 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) la fecha de terminación del contrato de trabajo; ii) si hay lugar a reconocer indemnización por despido sin justa causa; iii) si hay lugar a reajustar el salario del demandante teniendo en cuenta la totalidad de rubros que percibía; y iv) si las demandadas deben responder en solidaridad en caso de imponerse alguna condena.

EXTREMO TEMPORAL FINAL DE LA RELACIÓN LABORAL Y DESPIDO INDIRECTO.

En relación con la acreditación de los **extremos temporales** la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora. (Sentencias del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015

Y en sentencia del 04 de noviembre de 2013, Rad. 37865, la misma corporación señaló:

“La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

“(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que

en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

Por tanto, le corresponde al accionante acreditar hasta que fecha se extendió su relación laboral, con la finalidad de lograr el pago de los beneficios que se derivan de tal situación; extremo final que en todo caso puede derivarse de alguna forma de finiquito de la relación laboral, como lo sería la terminación unilateral de alguna de las partes, como sería en el caso del trabajador, la renuncia.

En efecto, la **renuncia** según sentencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia del 16 de mayo de 2018, SL2992-2018, es un acto espontáneo y libre del trabajador, quien manifiesta su deseo de no continuar con la ejecución del contrato de trabajo que lo ata al empleador por diversos motivos que pueden constituir, o no, una justa causa a favor de éste en los términos del literal b) del artículo 62 del C.S.T.; de modo que una vez es expuesto tal deseo se entiende finiquitado el contrato de trabajo pues se pierde una de las características del contrato de trabajo, esto es, su carácter consensual.

Ahora, y en lo referente al **despido indirecto**, se hace necesario recordar que este es el resultado del comportamiento que de manera consciente y por iniciativa propia hace el trabajador a fin de dar por terminada la relación laboral con fundamento en una justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador; decisión que en cumplimiento del artículo 62 del C.S.T. debe ser puesta en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo con la debida oportunidad a fin de que no quede duda de cuáles son las razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral. Así lo dijo la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 26 de junio de 2012, Rad. 44155 reiterada en la SL1082-2020:

“El despido indirecto o autodespido producto de la determinación del trabajador, que opera respecto de cualquier tipo de contrato de trabajo, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el artículo 62 del CST, así se expuso en sentencia CSJ SL14877-2016, rad. 48885, en la que se dijo que: *«El despido indirecto producto de la renuncia del trabajador, se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las cuales previstas en el literal B del art. 7° del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST».*

Ahora, para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador. Adicionalmente, las razones que justifican esa decisión de terminar el nexo de trabajo, deben ser expuestas por el trabajador con la debida oportunidad, a fin de que no haya lugar a duda acerca de las razones que dieron origen a la ruptura del contrato”.

En igual sentido, la misma Corporación ha dicho que el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador debe ser sistemático, sin razones válidas, y debe estar relacionada inescindiblemente con los hechos configurativos de la justa causa invocada; de lo que debe entenderse por sistemático, regular, periódica o continua, que apunte a demostrar que se ha tomado la conducta o el propósito de incumplir; sentencias SL16373-2017 y SL2423-2018.

Ahora bien, en los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de un despido indirecto, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia establecida en el artículo 64 del C.S.T. modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, la carga de la prueba se invierte de manera que, a la parte actora, además de demostrar la renuncia, le corresponde acreditar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador, (Sentencias SL14877-2016 y SL16373-2017)

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 que **i)** El actor ingresó a laborar al servicio del CONSORCIO P 300 el 29 de mayo de 2014 para desempeñar el cargo de Director de Obra (fls. 21 a 26); **ii)** El demandante devengaba un salario de \$3'190.549, así como tres auxilios extralegales: rodamiento, gasolina, y alimentación; frente a los que se pactó que no constituían salario (fls. 21 a 26); **iii)** El 11 de enero de 2017 el accionante presentó renuncia con efectos a partir del mismo día (fl. 47); **iv)** El 12 de enero de 2017 se aceptó la renuncia del actor (fl. 60); y **v)** El 19 de enero de 2017, el accionante hizo entrega de la documentación a cargo de la Dirección de Obra y renuncia motivada al cargo (fls. 36 a 44).

Adicional a la documental obrante a folios 16 a 60, 253 a 414, 436 a 440, y medio óptico obrante a folio 408, al proceso comparecieron a rendir declaración **Luisa Fernanda Pulido, Oscar Ávila Mendoza, y Diego Andrés Culma**, quienes manifestaron:

Luisa Fernanda Pulido señaló que su contrato de trabajo finalizó el 23 de diciembre del 2016; que conoce al actor porque trabajó con él en el CONSORCIO P300 hace cinco o siete años; que era residente del proyecto donde estaba el actor, y que allí hubo muchos problemas económicos, cambió el representante legal, y con ello, los acusaron de una cantidad de procesos; que el actor fue hecho a un lado en su cargo como Director de Obra por parte de las personas que llegaron a tomar el mando; que la despidieron antes que al actor, lo que sucedió en diciembre de 2016; que pese a lo anterior, estaba en constante comunicación con el actor; que el actor renunció porque dejó de tener voz y voto con el manejo del proyecto, lo incitaron para que renunciara, además lo acusaron de muchas cosas que no tenían que ver con

el manejo del consorcio; que el actor le contó que renunció en dos ocasiones, la primera, porque ya se iba acabar el proyecto, y la otra, porque ya no tenía otra opción; que la primera renuncia fue antes que ella se fuera; que al actor le quedaron pendientes unos pagos por cancelar, según él le comentó; que a todos los empleados los tenían engañados para direccionar y hacer como un empalme con el nuevo representante, pero cuando pasó los hicieron a un lado, hubo presión psicológica, los pusieron en un container aparte, y no los tenían en cuenta; que no sabe exactamente como el actor renunció; que en la empresa los citaron y les pasaron una carta de renuncia con amenazas de denuncias penales; y que el CONSORCIO P300 incumplió con pagos pero se pusieron al día, después.

Por su parte, **Oscar Ávila Mendoza** señaló que conoce al actor hace más de 10 años; que no sabe hasta cuándo el actor laboró con el consorcio; que trabajó hasta 2017 pero que salió antes que el actor del proyecto; que el actor salió de la obra, pero no sabe el motivo; que no sabe los inconvenientes del actor con el consorcio; que el actor era Director de Obra, siendo su trato excelente para todos en la obra sin importar el rango; y que aunque le debían salarios, le dijeron que siguiera trabajando, y así lo hizo.

Finalmente, **Diego Andrés Culma** explicó que el actor era su jefe en la obra del consorcio; que el actor trabajó hasta enero del 2017; que estuvo hasta el 23 de diciembre del 2016 en el consorcio; que el actor estuvo hasta enero porque él le contó; que siguió en contacto con el actor porque en la obra se le quedaron algunas cosas personales; que el actor dejó la obra porque hubo un grupo de personas, incluido él, que fueron citados por Rubau, y frente a los que se dio la orden que no podían volver a ingresar; que por lo anterior, sus objetos personales se quedaron dentro de la empresa; que las personas de la reunión eran acusadas por manejos irregulares; que no sabe cómo le hacían los pagos al

demandante; y que al actor le adeudan pagos del mes de octubre, pero posteriormente, no sabe si se siguió adeudando otro rubro.

Así las cosas, y efectuado el anterior recuento probatorio, para la Sala es claro que el accionante **laboró hasta el 11 de enero de 2017**, pues de la prueba allegada es dable desprender que fue su voluntad dar por terminado el contrato de trabajo en la fecha aludida, aunado a que, a los traídos al proceso no les consta que el demandante hubiera ejercido su labor durante un tiempo más amplio, pues ya no estaban vinculados al CONSORCIO P 300 cuando finiquitó la relación laboral del demandante y, en consecuencia, sus declaraciones estaban basadas en lo que el mismo accionante les comentaba.

En efecto, a folio 47 obra la renuncia presentada por el demandante, documento del que se desprende que este,, de manera autónoma, libre manifestó *“Me permito presentar mi renuncia al cargo de Director de Obra que venía desempeñando en el proyecto plan 300 a partir del día 11 de enero de 2017. Agradezco la oportunidad brindada”*. De dicho documento no se desprende la demostración de ningún tipo de presión que hubiese recibido para suscribir dicho documento ni de prueba alguna arrimada al expediente, Por tanto, para la Sala no existe duda que fue voluntad del trabajador dar por finiquitado su vínculo contractual desde tal fecha, entendiéndose de esta manera que la relación laboral finiquitó por el mismo ánimo del demandante de poner fin a esta.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que en la misiva del 19 de enero de 2017, el demandante señala que presentó su renuncia el 11 de enero de 2017, y que esta se aceptó el 12 de enero de 2017 (fls. 36 a 38); motivo que refuerza que fue el querer del actor de dar por finalizado el vínculo desde el 11 de enero de 2017.

Ahora, la activa señala desde el escrito de su demanda, así como en el recurso de alzada, que sus labores se extendieron hasta el 20 de enero de 2017, dado que tuvo que presentar un informe hasta tal data, el que obra a folios 36 a 45, no obstante, tal situación *per se* no implica que se continuó inmerso bajo la égida de la vinculación laboral, pues del mismo no se logran derivar los elementos que constituyen tal contrato, especialmente la subordinación. En suma, no están suficientemente acreditadas las circunstancias de modo, tiempo, y lugar en que se efectuó el aludido informe, y aun cuando hubiera obrado orden del CONSORCIO P 300, como se dijo, el contrato de trabajo es de naturaleza consensual, por lo que, el trabajador al manifestar su deseo de terminar la relación laboral el 11 de enero de 2017, no estaba obligado a seguir ejecutando acciones propias del contrato de trabajo, ello, sin perjuicio que por razones de responsabilidad, compromiso, o a fin de evitar cualquier tipo de acusación de parte de su empleador, considere oportuno hacer entrega de informes, elementos de trabajo, o cualquier otra información que sea necesaria para lograr un adecuado empalme con el trabajador que pueda llegar a reemplazarlo.

Así las cosas, la Sala considera acertada la decisión de la A Quo de tener como fecha de terminación el 11 de enero de 2017, así como que no es dable considerar que se presentó un **despido indirecto**.

En efecto, la carta del 11 de enero de 2017 no fue motivada, como quedó visto el demandante se ciñó a presentar su renuncia y a agradecer la oportunidad que le fue brindada, por lo que, en consecuencia, no es posible endilgar al empleador que fue su responsabilidad la renuncia presentada por el trabajador; recuérdese que para que se pueda hablar de despido indirecto la decisión de terminar unilateralmente el contrato por parte del trabajador debe ser puesto en conocimiento del empresario, señalando los hechos o motivos que dieron lugar al finiquito contractual, de modo que no quede duda de cuáles son las

razones que dieron origen a la finalización de la relación laboral, y no puedan ser alegados nuevos hechos con posterioridad (sentencia del 26 de junio de 2012, Rad. 44155 reiterada en la SL1082-2020).

En lo referente al **salario** 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”.

Sentado lo anterior, observa la Sala que el demandante devengaba tres auxilios según consta en el acuerdo de auxilio extralegal de folio 27, los que señala expresamente que están destinados a rodamiento, gasolina y alimentación, así como que su fin no es otro que facilitar el cabal desempeño de las funciones, por lo que, no puede concluirse que tuvieran como fin la contraprestación del servicio que ejecutaba el actor.

En este punto, se aclara que el rubro pagado por concepto de alimentación no constituye salario *per se*, pues si bien el artículo 129 del C.S.T. señala que “*Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el {empleador} suministra al trabajador o a su familia*”, también señala “**salvo la estipulación prevista en el artículo 15 <128> de esta ley**”, normatividad que señala:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS.

<Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y

otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la **alimentación**, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.

Por tanto, al demostrarse que los auxilios recibidos por el demandante tenían como fin facilitar el cabal desempeño de sus funciones como trabajador, brindándose para ello, alimentación, gasolina y rodamiento, se considera que la decisión de la juzgadora de primera instancia es acertada, pues no tuvieron por objeto la contraprestación de los servicios del actor.

Ahora, y en relación, con la discusión acerca de la certificación obrante a folio 35, en la que se señala que el valor del último salario es de \$4'800.000, la Sala considera que ciertamente al no ser tachada ni desconocida tal documental, es dable tener como salario el rubro anunciado en tal certificación; no obstante, tener tal valor como salario tampoco permite ordenar el reajuste de la liquidación final de prestaciones sociales, pues según la documental obrante a folio 407, la base para liquidar prestaciones sociales, fue el rubro aludido.

Finalmente, y en cuanto a la **solidaridad**, por sustracción de materia se considera que no hay lugar a su estudio, puesto que no prosperó ninguna condena contra el demandado principal, esto es, CONCORCIO P 300.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

Demandante: **JAIRO ORLANDO ROJAS NOSSA.**

Demandado: **CONSORCIO P 300 Y EL INSTITUTO DE CASAS FISCALES DEL EJÉRCITO DE COLOMBIA.**

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 Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2017-00608-01

Demandante: **JAIRO ORLANDO ROJAS NOSSA.**

Demandado: **CONSORCIO P 300 Y EL INSTITUTO DE CASAS
FISCALES DEL EJÉRCITO DE COLOMBIA.**

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra Henao', with a stylized, cursive script.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310502120190060401

Demandante: BEATRIZ CASTRO MORENO

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. Jennifer Ximena Lugo Rojas, identificada con C.C. No. 36.311.956 y T.P. No. 283.299 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que

BEATRIZ CASTRO MORENO 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 nulidad del traslado de régimen pensional realizado al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A. el 31 de julio de 2001.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la actora y a esta última a reconocer y pagar la pensión de vejez de la actora.

De manera subsidiaria deprecia se condene a Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales sufridos por la demandante, así como el pago de la indemnización por perjuicios actuales y futuros y la indexación de dichas sumas.

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. 300), 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, 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., (Fl. 199), 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

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de Porvenir S.A. en el año 2001.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados, y los dineros destinados a la garantía de pensión mínima, los gastos de administración, comisiones y lo pagado por seguro previsional, y a esta última a activar la afiliación de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que, si bien existe un amplio y pacífico precedente jurisprudencial en materia de nulidad e ineficacia de la afiliación, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no se debe aplicar de manera homogénea, en el entendido que se deben analizar las particularidades concretas de los afiliados y en tal sentido el traslado de régimen efectuado por la demandante reviste completa validez ya que, como quedó demostrado en el proceso al momento de la vinculación Porvenir S.A. facilitó a la demandante todos los medios y mecanismos para que tuviera acceso a la información que hoy en día echa de menos, además que se cumplieron con las solemnidades requeridas para el momento del traslado como fue la suscripción libre y voluntaria de un formulario de afiliación, el cual se encontraba aprobado por la Superintendencia Bancaria (en ese entonces) hoy Financiera y por la misma ley, por lo que no comprende la “irresponsabilidad” de la demandante al haber firmado un documento sin siquiera leerlo.

Señaló que esa AFP actuó en todo momento en el marco de la buena fe objetiva, pues sus acciones se ejecutaron en el marco vigente para la fecha del traslado de régimen efectuado por la demandante, además, no se le pueden atribuir cargas como el buen consejo o la doble asesoría, ya que estas fueron impuestas con la expedición de los Decretos 2555 de 2010, 701 de 2015 y posteriormente con la Ley 1748 de 2015, y en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C329 de 2001 en la cual enfatizó que la retroactividad y la ultractividad de la ley tienen un carácter excepcional y deben estar expresamente previstos en el ordenamiento jurídico al momento de la celebración de los actos jurídicos o contratos, recordando que para el año 2001 no estaban impuestas dichas cargas, por lo que no son exigibles a esa AFP y en tal sentido considera que el

traslado de régimen de la demandante reviste completa validez y no existe razón alguna para declarar la ineficacia del traslado.

Expuso que, si bien la ineficacia tiene como finalidad devolver las cosas a su estado inicial al que se encontrarían, los rendimientos financieros, al no encontrarse en el régimen de prima media (RPM), colocan a la demandante en una posición diferente a la que tendría de haber permanecido afiliada a ese régimen, por lo que el traslado de los rendimientos resulta improcedente.

Manifestó que los gastos de administración y sumas por seguros previsionales se han descontado únicamente por estar ello autorizado por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y para amparar a la demandante frente a los riesgos de invalidez y muerte y en procura de generarle rendimientos financieros y en tal sentido se ha pronunciado también la Superintendencia Financiera indicando que esos traslados deben hacerse a la luz del Decreto 3995 del 2008 artículo 8, cuya disposición contempla las restituciones mutuas que se deban hacer al momento que se condene a la nulidad o ineficacia del traslado y por ello, como existe una norma que regula tal situación no hay razón atendible para apartarse de esta, además esa administradora ya no posee dichas sumas al haberlas entregado a las correspondientes aseguradoras a lo largo de la vinculación de la demandante, ya que se descontaron esas sumas con el único fin de proporcionarle a la demandante una cobertura en tales riesgos, así como una administración responsable de sus recursos a lo largo de su vinculación.

COLPENSIONES

Expuso que, el precedente de la Corte Suprema de Justicia debe ser aplicado en cada caso concreto, pues estos difieren del presente asunto, ya que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima

al momento del traslado, además que no se probó la existencia de vicios del consentimiento en los términos del Código Civil para que se declarara la nulidad del traslado.

Señaló que el traslado de la demandante se hizo de forma libre y voluntaria, sin presiones conforme el artículo 3 literal b) de la Ley 100 de 1993, voluntad que ratificó, así mismo, solicitó se de aplicación al artículo 167 del CGP, pues considera que no es procedente el reconocimiento de una eventual pensión teniendo en cuenta que se desconoce la situación pensional de la demandante.

En caso de no acoger sus argumentos, de manera subsidiaria solicita se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es, recursos de la cuenta individual, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración, sin que se le permita a Porvenir S.A. descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, seguros de invalidez o muerte y se ordene la indexación de los valores trasladados y se confirme la no condena en costas por ser Colpensiones un tercero ajeno al traslado de régimen.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 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 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:

Etapas 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.º del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.º 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el

acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

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

(...)”

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

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 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 25/04/1984 (Fl. 148); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/07/2001 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 160 y fl. 57 Cd fl. 199); y el día 15/05/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (cd fl. 300)

Pues bien, a folios 160 y 57 del disco compacto de folio 199, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31/07/2001 con la AFP 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 oportuna y veraz, en los

términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por 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 la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que se cumplieron con los formalismos exigidos para la época del traslado de la demandante en el año 2001 como lo es la suscripción del formulario de afiliación, documento cuyo valor probatorio 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.

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

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 31/07/2001, sin que se estén exigiendo el cumplimiento de obligaciones que fueron dispuestas de manera posterior a dicha data ni mucho menos se estén dando efectos retroactivos a la ley, como lo expone Porvenir S.A. en su recurso, recordando además, que deber este que ha de cumplirse independientemente de si el posible afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y si tiene o no expectativas legítimas lo que da al traste con el argumento presentado por Colpensiones al respecto.

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 (la) afiliado (a) 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 tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por la apelante Colpensiones en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el solo hecho de 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 a la señora Castro Moreno en el traslado que esta realizó en el mes de julio de 2001, 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, 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 atendiendo los argumentos presentados en su recurso por parte 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 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 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.

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

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

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, atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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,

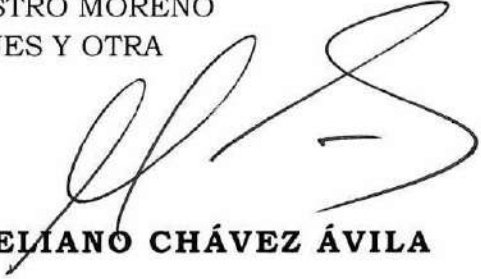


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

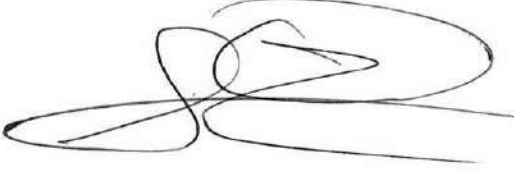
Código Único de Identificación: 11001310502120190060401

Demandante: BEATRIZ CASTRO MORENO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Aclaro voto

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Beatriz Castro Moreno
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**021-2019-00604**-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.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Código Único de Identificación: 11001310503020190067901
Demandante: IVONNE MELISSA COLMENARES ASSAF
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 apoderado sustituto de Colpensiones al Dr. Winderson José Moncada Ramírez, identificado con C.C. No. 1.232.398.851 y T.P. No. 334.200 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 los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, el 21 de

septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **IVONNE MELISSA COLMENARES ASSAF** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN 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 Porvenir S.A. y la realizada posteriormente a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados al RAIS.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fls. 60 a 68), 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 falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, 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, buena fe y la genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 88 a 124), dio contestación a la acción, oponiéndose a las pretensiones contra esta incoadas, luego de declarar que no le constaban o que no eran ciertos la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa, las excepciones de mérito 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP y la genérica.

PORVENIR S.A., (CD Fl. 148), 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, 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 de régimen pensional realizado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 7 de octubre de 1994 a través de la AFP Horizonte S.A., declarándola válidamente afiliada al régimen de prima media (RPM).

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que

reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y costos cobrados por gastos de administración debidamente indexados, así mismo, ordenó a PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados y a esta última a actualizar la historia laboral de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Indicó que, se está declarando una ineficacia de traslado a pesar de existir la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, además que con el fallo se afectan los principios fundamentales de inescindibilidad de las normas, sostenibilidad financiera y confianza legítima, toda vez que la demandante, bajo su libre ejercicio de escogencia de régimen pensional decide suscribir su afiliación en el año de 1994, hecho que fue precedido de una información por parte de Horizonte S.A. y con la cual la demandante se sintió satisfecha para poder suscribir su afiliación al RAIS.

Precisó que para el momento del traslado de la actora, la información que se le entregaba a los futuros afiliados se generaba de manera verbal y no existía determinación legal o jurisprudencial que indicara que debía dejarse por escrito cualquier información o asesoría dada a los futuros afiliados y en ese entendido, en el año de 1994 la actora tuvo la posibilidad de acudir de manera propia con los asesores e informarse de manera personal, sin embargo dicho hecho no fue agotado por ella y tampoco se está dando acreditación viable al formulario de afiliación, teniendo en cuenta que se asume que este no es una prueba para verificar o constatar ese libre consentimiento, sin embargo, dicho documento era la única prueba requerida por la norma del momento del traslado para determinar la

escogencia o permanencia en un régimen u otro, lo que conlleva a que se exija la presentación de pruebas que no pueden ser allegadas por esa AFP ya que la información se le entregó a la demandante de manera verbal.

Señalo que, la demandante, en su calidad de afiliada, tenía una serie de deberes que no pueden desconocerse y que se indican en el Decreto 2555 del 2010, el cual determina cuáles son los deberes de los consumidores financieros, entre los que se encuentran informarse adecuadamente de las condiciones del sistema pensional, aprovechar los mecanismos de divulgación de la información, emplear la adecuada atención al momento de tomar decisiones, leer y revisar los términos de los formatos de afiliación, actos que no fueron agotados por la actora, como se puede evidenciar con el interrogatorio de parte por ella rendido.

Expuso que no pueden desconocerse los traslados horizontales realizados por la actora y el hecho que en el interrogatorio de parte se le preguntó a la demandante si había generado algún cambio de contraseña a lo que respondió de manera asertiva, indicando que había accedido a los canales digitales para realizar esos cambios, por lo que considera que la demandante obtuvo una información y conocía cuáles eran las características, especialmente al haberse movilizado dentro del RAIS.

Adujo que los gastos de administración no hacen parte de la mesada pensional ni la financian, además estas sumas no se deben retornar conforme a los lineamientos del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el concepto emitido por la Superintendencia Financiera con radicado 20191522169063000 del 2020, ya que la norma indica cuáles son los valores a retornar al declararse la ineficacia de traslado, que son los aportes y rendimientos, pero no gastos de administración, ya que estos también se generan en el RPM y tampoco puede desconocerse que se creó una cuenta de ahorro individual y que, debido a la buena

administración que la AFP tuvo sobre esa cuenta, se generaron unos rendimientos y una rentabilidad, además, no puede ignorarse que se produjo una rentabilidad sobre la cuenta de ahorro de la accionante y por ello, al condenarse a una devolución de gastos de administración se estaría generando un enriquecimiento ilícito en favor de Colpensiones y de la demandante, además, esos valores no financian la mesada pensional de la actora y por ello debe aplicárseles la prescripción.

Finalizó indicando, frente a la condena en costas, que se omite el factor objetivo del artículo 365 del CGP y no se toma en cuenta la sentencia C157 del 2003, teniendo en cuenta que sólo se está condenando a los fondos privados y no a las partes vencidas en el proceso, ya que la Corte Constitucional, frente a la condena en costas, no ha manifestado que es el resultado de ser la parte vencida en el proceso, por lo que solicita se imparta la condena en costas bajo los principios de objetividad y compartibilidad para que sea compartida con Colpensiones por ser también parte vencida.

PROTECCIÓN S.A.

Adujo, frente a la devolución de los gastos de administración y las primas impuestas por seguros previsionales, que estos son descuentos previamente autorizados por la Ley, establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que faculta o autoriza a las AFP a realizar un descuento del 3% sobre el 16% de los aportes realizados al sistema, y dicho descuento del 3% se usa para cubrir gastos de administración y pagar primas de seguros previsionales, operando en ambos regímenes.

Señaló que dentro del expediente obra como prueba el certificado de la cuenta de ahorro individual de la demandante, donde se demuestra que sus aportes obtuvieron una ganancia,

lo que da cuenta que los mismos fueron debidamente administrados por esa AFP y con la condena impartida en primera instancia se ordena a devolver lo descontado por comisiones de administración, lo que constituiría en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la actora, además, ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

Expuso que, dada la buena gestión de administración ejercida por esa administradora, tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tener que trasladarla a Colpensiones, así mismo, frente a la prima de seguro previsional se debe manifestar que esta ya fue girada a una aseguradora para que, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, dicha compañía pague una suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos y fue pagada mes a mes durante el tiempo de afiliación de la asegurada, por lo que esta AFP esta imposibilitada para solicitar una devolución y trasladarla a Colpensiones, toda vez que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver entre el contrato suscrito entre la demandante y Protección S.A..

Resaltó que, frente al cobro del 3% destinado a los gastos de administración y las primas del seguro previsional, opera la prescripción toda vez que son conceptos impuestos por la ley y no financian la pensión por vejez, por lo que prescriben.

COLPENSIONES

Expuso que, la demandante no demostró que tuviera una pérdida frente al tránsito legislativo que realizó en los traslados de régimen, ni tampoco frustración en unas expectativas legítimas ocasionada por el traslado de régimen.

Indicó que la demandante no demostró vicio en el consentimiento o falta de buena fe al momento en que se afilió al RAIS, destacando que al momento de la afiliación era imposible decir cuáles eran los ingresos base de la liquidación sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real al momento de su afiliación al RAIS, adicionalmente, la actora no logró demostrar que fue engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses máxime cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad del desempeño y administración, afianzando su decisión de estar en este régimen por más de 20 años, efectuando aportes, acto que fue ratificado en el interrogatorio, dando su voluntad de permanecer en el RAIS, además este traslado cumple con todos los requisitos preceptuados en la norma y la jurisprudencia, conforme lo establecido en el artículo 83 de la Constitución, donde se indica que las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe y en tal sentido no se puede hacer un detrimento de Colpensiones al recibir dichos aportes y otorgar una pensión de vejez, teniendo en cuenta que no aportó al sostenimiento del sistema financiero del RPM.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 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 demandante y 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 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 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 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.

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el

acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

(...)

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

(...)”

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

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone

que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al 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 04/03/1994 (Fl. 15); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 07/10/1994 a través de la A.F.P Horizonte – hoy Porvenir S.A. (fl. 76 Archivo Cont. Porvenir cd fl. 148); **iii)** efectuó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la AFP Porvenir S.A., el día 10/03/1998 (fl. 77 Archivo Cont. Porvenir cd fl. 148) luego, el 24/02/2003 a Protección S.A. (Fl. 107 y 111), retornando el 31/05/2004 a Porvenir S.A. (Fl. 74 Archivo Cont. Porvenir cd fl. 148) y **iv)** el día 21/08/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 24)

Pues bien, a folio 76 del archivo “Cont. Porvenir” obrante en el disco compacto visible a folio 148, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 07/10/1994 con la

AFP Horizonte (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 oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la accionante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, argumenta Porvenir S.A. en su apelación que no se le dio valor probatorio al formulario de afiliación suscrito por la demandante, especialmente cuando para la época de su traslado la información dada era de manera verbal no existiendo obligación de dejar constancia escrita de ello, argumento que no es de recibo pues contrario a lo afirmado, dicho documento sí

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

fue valorado, lo que en realidad acontece es que el valor probatorio otorgado al mismo no es de tal peso o valor que permita afirmar que con el mismo, *per se*, la AFP logró acreditar la suficiente asesoría a la demandante, al menos en los términos expuestos por la jurisprudencia tantas veces citada.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 07 de octubre del año 1994, deber este que debe cumplirse independientemente de si el posible afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y si tiene o no expectativas legítimas.

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.

Ahora bien, si bien es cierto la demandante, como consumidora financiera tenía obligaciones, como la de informarse, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, lo que da al traste con lo argüido por Porvenir S.A. en su recurso.

Frente al tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por las apelantes Porvenir S.A. y Colpensiones en sus recursos, 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 permanecer en el régimen, efectuar aportes o realizar traslados entre AFP del RAIS.

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 Colmenares Assaf en el traslado que esta realizó en el mes de octubre de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus

rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior acertada resulta la sentencia de la *A Quo*, cuando ordenó la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras), pues recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

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

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”.

Igualmente, debe advertirse, contrario a lo afirmado por Porvenir S.A. y Colpensiones en sus apelaciones, 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

Código Único de Identificación: 11001310503020190067901

Demandante: IVONNE MELISSA COLMENARES ASSAF

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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.

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

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales,

así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por Porvenir S.A., respecto de la condena en costas a Colpensiones, a dicho pedimento no se accederá, como quiera que la AFP apelante no tiene legitimación en la causa para pedir esta condena, pues de accederse a la misma, no resulta ser un concepto a favor de dicho fondo pensional, sino que el mismo correspondería al demandante, quien sí sería el legitimado en la causa para solicitar se condene en costas a Colpensiones y el cual, nada dijo frente al particular.

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 las demandadas Porvenir S.A., Protección 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.

Código Único de Identificación: 11001310503020190067901
Demandante: IVONNE MELISSA COLMENARES ASSAF
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Aclaro voto

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Ivonne Melissa Colmenares Assaf
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-030-2019-00679-01

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: 11001310501520180031201

Demandante: KARIME AMPARO ESCOBAR

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., en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE y la demandada PORVENIR S.A. y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **KARIME**

AMPARO ESCOBAR promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE HACIENDA DISTRITAL y FONCEP.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado y afiliación realizada del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Fl. 95 a 107), contestó la demanda, se opuso a todas las pretensiones contra esta incoadas, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos

administrativos, inexistencia de la obligación y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **COLFONDOS S.A.** (Fl. 119 a 136), allegó contestación a la demanda, en donde se opuso a las pretensiones de la demanda, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban, proponiendo, en su defensa, las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica.

PROTECCIÓN S.A. (Fls. 159 a 169), contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones impetradas en su contra, luego de indicar que no le constaban o que no eran ciertos la mayoría de los hechos; propuso como excepciones de mérito las que tituló inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A. (Fls. 184 a 203), 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, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de la las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Mediante auto proferido en la audiencia celebrada el 27 de enero del 2020, se dispuso la vinculación de Bogotá D.C. y el Foncep.

El **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP** (Fl. 337 a 344), se opuso a las pretensiones de la acción, señalando que no le constaban los hechos expuestos y proponiendo las excepciones de mérito que denominó Foncep no participó ni intervino en el momento de selección de régimen de la demandante, ausencia de configuración o prueba de causales de nulidad y/o ineficacia de la afiliación, prescripción de la acción, inexistencia de obligación alguna en cabeza de la demandada y/o falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica.

Por su parte, **BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE HACIENDA** (Fls. 345 a 375), se opuso a las pretensiones de la demanda, tras declarar que no le constaban los hechos; propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva de la vinculada, inexistencia de obligación y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la **ineficacia** del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS, efectuado el 23 de agosto de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas o recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, y a esta última a activar la afiliación de la demandante, reciba los recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM.

Absolvió a las demandadas Protección S.A., Foncep y Bogotá D.C. - Secretaria de Hacienda, tras declarar demostradas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y falta de legitimación en la causa por pasiva.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE.

Señaló que su recurso hace referencia a la condena en costas, ya que el Código General del Proceso y el Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, para la fijación de las costas, toda parte que resulte vencida en un proceso debe ser condenada en costas, sin que estas normas establezcan unas condiciones o requisitos adicionales para que se condenen o no por este concepto, por lo que deben ser condenadas en costas las partes demandadas en el proceso.

PORVENIR S.A.

Indicó que, no es posible deducir una ineficacia por falta de consentimiento, ya que Porvenir S.A. le dio a la demandante una información completa, una asesoría oportuna donde se le informa plenamente de las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, tal y como se aprecia en el formulario que ella suscribió.

Adujo que no se puede seguir exculpando a la actora, cuya demanda fue contradictoria con lo manifestado por ella en el interrogatorio de parte rendido, por lo que no se pueden seguir los mismos parámetros que simplemente se interpuso una acción judicial sin antes haberla leído, máxime cuando la demandante es abogada.

Indicó que en el presente asunto se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil, relativos al saneamiento del consentimiento y la ratificación tácita, la cual se dio de manera automática, teniendo en cuenta que la demandante hizo aportes y traslados dentro del RAIS de manera voluntaria, por lo que, en caso de haber existido un vicio

del consentimiento, la misma demandante lo ratificó con su decisión de trasladarse de régimen y permanecer en este.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 02 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 la parte demandante y de las demandadas Porvenir S.A., Colpensiones y Bogotá D.C. – Secretaria de Hacienda, 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 V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...)”

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

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o 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 en su momento por la Caja de Previsión Social de Bogotá D.C. el día 22/11/1985, conforme Certificación Electrónica de Tiempos Laborados - CETIL (Fl. 371 vto); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/08/1995 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 33, 194 y 370 vto); **iii)** efectuó traslado horizontal entre AFP del RAIS, a la AFP Santander – hoy Protección S.A., el día 20/08/2003 (Fl. 166) y a Colfondos S.A. el día 22/02/2009 (Fl. 48 y 132), y **iv)** el día 20/03/2018 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (cd fl. 107)

Pues bien, a folios 33, 194 y 370 vto, se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 23/08/1995 con la AFP 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 oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

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

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

expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Frente a la presunta incoherencia entre los hechos de la demanda con lo narrado en el interrogatorio de parte, argumento presentado por Porvenir S.A. en su recurso, ello lo único que hace es ratificar el incumplimiento de las obligaciones de la A.F.P., quien incluso pese a dichas contradicciones no logró acreditar que brindó una asesoría *personalizada* y suficiente en aras a que su posible nueva afiliada estuviera instruida de manera cabal frente al cambio que pretendía hacer; y frente a ello -se insiste- el escenario de la carga de la prueba se trasladó a la A.F.P, por la inversión de la carga de la prueba al ser esta quien está ubicada en mejor posición de probar que se brindó la asesoría debida, lo que en el de marras no logró acreditarse.

Ahora bien, pertinente resulta señalar que, si bien obra el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 23/08/1995 a efectos de materializar afiliación con la AFP Porvenir S.A., el valor probatorio otorgado al mismo no es de tal peso o valor que permita afirmar que con el mismo, *per se*, la AFP logró acreditar la suficiente asesoría a la demandante, al menos en los términos expuestos por la jurisprudencia tantas veces citada.

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

información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 23 de agosto 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 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 tema del saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por la apelante Porvenir S.A. 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, aportes voluntarios o realizar traslados entre AFP del régimen.

Ahora, si bien es cierto la demandante ostenta la calidad de abogada, tal y como lo manifestó en el interrogatorio de parte, ello no supe la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, lo que da al traste con lo argüido por Porvenir S.A. en su recurso.

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 a la señora Escobar en el traslado que esta realizó en el mes de agosto 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 de la demandante, esto es, **COLFONDOS S.A.**, deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación 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.

Dicha **orden será extensiva a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros provisionales, pues estas AFP en algún momento tuvieron a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante

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”.

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.

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

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

Finalmente, en cuanto a lo solicitado por la parte demandante, respecto de la condena en costas a la parte demandada, es de anotar que en los términos del numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso, *“se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código”*, situación que acaeció, en este caso con las demandadas.

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

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

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

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

Conforme lo expuesto, teniendo en cuenta que en primera instancia se impartió condena en contra de las demandadas Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones, quienes presentaron escritos de oposición, deberán ser condenadas al pago de las costas de primera instancia, por lo que se **REVOCARÁ** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada en tal sentido.

Conforme lo antes expuesto, y en todo lo demás, 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 primero** 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. Orden que será extensiva a las **AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros previsionales, conforme se dijo en el cuerpo de esta determinación.

SEGUNDO.- **REVOCAR el numeral tercero** de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES**, al pago de costas y agencias en derecho de primera instancia, a favor de la parte demandante.

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

CUARTO.- **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**

Código Único de Identificación: 11001310501520180031201

Demandante: KARIME AMPARO ESCOBAR

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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.

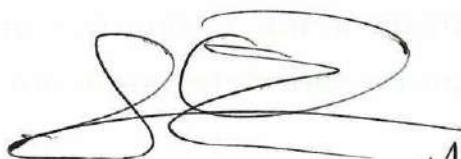
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro Voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Karime Amparo Escobar
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**015-2018-00312**-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 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 la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **RICHARD AUGUSTO SÁNCHEZ BERNAL** promovió contra **SYGENTA S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo del 06 de enero de 2011 al 18 de diciembre de 2015; y que dicho contrato fue ilegalmente terminado. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro con el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta el reintegro, el bono anual de incentivos del año 2015, e indexación.

Subsidiariamente pretende que se tenga como salario la medicina prepagada, bonos sodexo como auxilio de alimentación, plan de permanencia de ahorro programado administrado por Skandia S.A., y el pago por concepto de \$50.000; reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa; y perjuicios morales.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** El 06 de enero de 2011 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de Coordinador de Mercadeo Zona Oriente; **2)** Devengaba \$10'548.447, así como le era pagada medicina prepagada, bonos sodexo como auxilio de alimentación, tenía un plan de permanencia ahorro programado administrado por Skandia S.A., y un pago de \$50.000; **3)** Tenía asignado un vehículo para su uso laboral y personal; **4)** Todos los años recibía un bono, teniendo en cuenta la labor comercial que desarrollaba; **5)** Desde 2014 fue víctima de acoso laboral a través de conductas de entorpecimiento de por parte de su jefe inmediato, quien ocultaba información, citaba a reuniones y no le avisaba, acciones tendientes a infundir miedo, terror, angustia, y dirigidas a lograr su renuncia; **6)** El 04 de noviembre de 2015 solicitó la intervención del Ministerio del Trabajo, quien respondió que previamente se debía agotar el proceso interno en la empresa; **7)** El 25 de noviembre de 2015 solicitó intervención del Comité de Convivencia Laboral, no obstante, ésta no dio trámite a su solicitud, se limitó únicamente a pedir informes; **8)** El 17 de diciembre de 2015, el Comité de Convivencia Laboral informa que la queja no era de acoso laboral; y **9)** El 18 de diciembre de 2015, le es terminado su contrato de trabajo.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificado el convocado contestó en los siguientes términos:

SYGENTA S.A. (fls. 53 a 114), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de una supuesta actitud retaliatoria por parte de la compañía, eficacia de la terminación del contrato, inexistencia de las obligaciones- cobro de lo no debido, pago, buena fe de la compañía, mala fe del demandante, prescripción, compensación, y artículo 282 del C.G.P.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo entre las partes, los extremos del vínculo laboral, el cargo desempeñado y el salario devengado por el demandante de \$10'548.447. Negó los demás hechos.

En su defensa indicó que el demandante ostentaba un cargo dirección, manejo, y confianza, y en consecuencia gozaba de salario integral; que el contrato de trabajo terminó unilateralmente y sin justa causa, pagándose la correspondiente indemnización, finiquito que por demás tuvo como causa la creación de un fondo, en el que el demandante manejaba recursos sin la autorización de la compañía; que el Comité de Convivencia Laboral es un órgano bipartito, que no está compuesto únicamente por personal que representa al empleador, siendo sus actuaciones por tal situación, de índole confidencial, y en donde se concluyó que las conductas que el actor consideraba de acoso laboral, no lo eran; y que no existe prueba que la terminación del contrato de trabajo hubiese sido consecuencia de una acción retaliatoria.

Agregó que no hay lugar al pago del bono de incentivos de 2015, pues no se acreditó el cumplimiento de los objetivos comerciales; que los beneficios que le eran pagados al trabajador no eran contraprestación del servicio, por lo que no es posible la reliquidación de sus prestaciones sociales, máxime si se tiene en cuenta que gozaba de salario integral; y que no hay lugar a perjuicios morales, ya que, se pagó la correspondiente indemnización por despido sin justa causa.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 23 de julio de 2021, a través de la cual dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió la A Quo, que para que proceda la ineficacia del despido de un trabajador que presenta queja de acoso laboral, debe estar demostrado que la terminación de su vínculo acaeció como retaliación de la queja que se elevó; que la decisión del Comité de Convivencia Laboral de considerar que las conductas desplegadas contra el actor no eran de acoso laboral, se encuentra ajustada a derecho, como quiera que no se logró acreditar en dicho trámite conductas constitutivas de acoso laboral, por el contrario, el demandante aceptó que constituyó un fondo por fuera de las directrices de la empresa; que los actos constitutivos de acoso laboral tampoco se acreditaron en juicio, pues por el contrario los testigos dieron cuenta la constitución del fondo aludido, y que el empleador no extralimitó su poder de subordinación.

Señaló que al plenario se arribó el plan de incentivos SIG, en el que se establece el pago de un bono cada año dependiendo del cumplimiento de metas, no obstante, no está acreditado que se hubieren cumplidos los parámetros para acceder al bono del año 2015 por parte del demandante; que el anterior rubro no puede ser considerado salario, pues aunado a que no se allegaron los correspondientes comprobantes de su pago para una eventual liquidación, se reconocían como incentivos o premios; que la medicina prepagada y el bono sodexo pass, no constituyen salario, pues no fueron allegados los pagos para efectuar la respectiva reliquidación; y que el plan de permanencia de ahorro en Skandia S.A. no es salario, pues se creó con el fin de que se pudiera complementar la pensión de jubilación, por demás que era voluntad del trabajador que le fuera reconocido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que el accionante realizó la denuncia de acoso laboral ante el Comité de Convivencia, quien no sólo omitió darle un trámite confidencial, sino que omitió generar el plan de mejora concertado para las partes y hacer el seguimiento de los compromisos adquiridos y recomendaciones para el desarrollo de medidas preventivas; que el actor acudió al Ministerio de Trabajo, quien le indicó que debía realizar el trámite ante la empresa, sin que se hiciera una investigación real sobre el caso; que se echan de menos las pruebas documentales, pues no se revisaron las comunicaciones y quejas que presentó el actor, incluso, antes de acudir al Comité de Convivencia; que en la entrevista de Jesús Montoya se puede verificar que el actor envió un e-mail un poco alarmante, y que como consecuencia del accidente que sufrió al actor, la empresa tuvo que hacer cambio de llantas de los vehículos de los trabajadores; que Jesús Montoya señaló que después de verificarse la existencia de un fondo, el actor, perdió protagonismo en la empresa; que Diego Méndez dijo que no cayó bien que el actor comunicara el tema de las llantas a través de un e-mail hablando por él y sus compañeros, pues se tomó como si estuviera armando sindicato, y que debía rectificar tal situación, si había lugar a aclararlo; que Agropecuaria Internacional hablaba de un fondo que conocían las partes, y que incluso lo habían aprobado; que frente a lo anterior, no hubo una investigación ni unos descargos que hubiera tenido que efectuar al actor; que al demandante lo dejaron de invitar a reuniones, le quitaron acceso a archivos con el podcast, que se cancelaban reuniones y no le avisaban, existiendo en tal sentido, testimonios y correos electrónicos que dan cuenta de entorpecimiento de la relación laboral; que el Comité de Convivencia es un garante, y llegar a una conclusión sin observar las conductas de la empresa está por fuera de todo lo legal; y que por lo anterior, el actor no debió ser despedido, gozaba del fuero de seis meses de que trata la Ley 1010 de 2006, y debió ser reintegrado.

Indicó que hay lugar al bono de 2015, pues las métricas se cumplieron según documentales, tanto así que todos los testigos informaron que lo recibieron; que para que hubiera lugar al bono no era necesario estar en la compañía, se habló de casos especiales en los que a algunos trabajadores se los entregaron; que se echa de menos que no se hubiere realizado manifestación respecto de las prestaciones sociales y el reconocimiento de salario integral, pues no era dable pactar algo que estuviera en contra de los propios derechos del trabajador, siendo necesario estar sujeto a lo que quedó estipulado por escrito, y que por ende sólo incluía el pago de horas extras, pero no de prestaciones sociales; y que al ser el bono de 2015 de índole salarial, debe tenerse en cuenta para reliquidar las prestaciones del trabajador.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 02 de diciembre de 2021, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por las apoderadas 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.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver**, se circunscriben a determinar si en el caso bajo estudio debe declararse *ineficaz* la terminación del contrato de trabajo del actor al estar revestido del fuero de que trata la Ley 1010 de

2006, al denunciar conductas de acoso laboral; si hay lugar al reconocimiento y pago del bono anual de 2015; y si deben liquidarse prestaciones sociales en consideración a la ineficacia de la cláusula del contrato de trabajo que estableció el reconocimiento de salario integral.

DEL FUERO POR PRESENTAR DENUNCIAS DE ACOSO LABORAL.

Conforme al artículo 2° de la Ley 1010 de 2006, el acoso laboral es *“toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”*.

El artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, establece una serie de garantías para que el trabajador no sea objeto de actitudes retaliatorias, como lo es la imposibilidad de terminar su contrato de trabajo dentro de los seis meses siguientes a la petición o queja de conductas constitutivas de acoso laboral, señalándose en el numeral 1°, lo siguiente:

“Artículo 11. Garantías contra actitudes retaliatorias. A fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, establézcanse las siguientes garantías:

1. La terminación unilateral del contrato de trabajo o la destitución de la víctima del acoso laboral que haya ejercido todos los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios consagrados en la presente Ley, carecerán de todo efecto cuando se profieran dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, **siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento**”. (Negritillas por la Sala).

De conformidad con la norma transcrita, la terminación del contrato de trabajo fulminada por el empleador respecto de aquel

trabajador que presenta queja o petición, informando conductas de acoso laboral se torna ineficaz en aquellos casos en que efectivamente se encuentren configuradas las conductas aludidas.

De otro lado, debe señalarse que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha considerado en su jurisprudencia que la norma referida contiene una presunción relativa a que debe considerarse que la terminación se ha efectuado como consecuencia de la conducta de acoso desplegada por la empresa- la que previamente debe estar demostrada-, siendo en tal escenario, el empleador quien debe desvirtuar tal presunción. Al respecto, en sentencia SL17063-2017 reiterada en la SL058-2021 y SL4313-2021, la citada corporación señaló:

“El objeto principal de la ley de acoso laboral y los bienes protegidos por ella, conforme a su artículo 1°, consiste en definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado u ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana, que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Del mismo modo los artículos 7 y 8 de la citada ley, establecen las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso. Del mismo modo, los artículos 9 y 10 ibídem aluden a las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias del acoso laboral, procedimientos que gozan de la garantía consagrada en la norma denunciada, esto es, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que como se dijo, prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «preventivos, correctivos y sancionatorios».

Ahora bien, al descender al asunto a juzgar y comenzando por lo planteado en el segundo cargo, en el que se endilgó errores jurídicos, observa la Sala, que el Tribunal al interpretar el texto del citado numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, coligió que «consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, para que en caso de que sea despedida o destituida en represalia por las quejas o denuncias que para el efecto presente, dicho despido se tenga por ineficaz», adicionalmente y de cara al condicionamiento contenido en la parte final de dicho numeral 1, infirió que para que opere esa protección la autoridad administrativa o judicial deben verificar la efectiva ocurrencia de los hechos denunciados.

La censura hizo consistir el desvío interpretativo del fallador de alzada, en que tal preceptiva no exige la calificación de acoso laboral por parte de la autoridad competente administrativa o judicial, para que pueda operar la protección legal allí prevista, porque el fin de esta normativa no es otro que evitar que se tomen represalias contra los trabajadores que interponen las quejas o denuncias de acoso, con independencia de que la actuación culmine con una sanción o no. Además, sostuvo que al impartirse la aprobación a la conciliación que los implicados acuerden, el Inspector de Trabajo debe entrar a verificar los hechos de acoso, como en este caso aconteció.

Visto lo anterior, la razón está de parte del Tribunal y no de la recurrente, habida cuenta que el entendimiento dado en la segunda instancia a la disposición legal cuestionada no va en contravía de la verdadera inteligencia de esa disposición legal, y por el contrario, se aviene a su alcance como a su genuino y cabal sentido.

En efecto, como lo puso de presente la alzada, el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia. Conforme a ese mandato legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 ibídem, **la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral.** (negrillas por la Sala).

En igual sentido, en la sentencia SL4313-2021, se determinó:

- i) Existe una presunción legal a favor de quienes hayan hecho uso de los procedimientos contemplados en la Ley 1010 de 2006.
- ii) La presunción consiste en que si ocurre un despido dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la petición o la queja esta se entiende tuvo lugar con ocasión del acoso.
- iii) En los eventos en que opera la presunción, es al empleador a quien le corresponde demostrar que la terminación del contrato

de trabajo no fue producto de la denuncia presentada por el trabajador.

iv) La conducta objeto de denuncia debe enmarcarse dentro de las señaladas en el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, lo cual exige de la autoridad administrativa o judicial competente su verificación.

v) No es necesario la imposición de sanciones para gozar de dicha garantía, pues se le brinda a quienes también hagan uso de los procedimientos preventivos.

vi) Es imperativo que la autoridad administrativa o judicial encuentre acreditada o verificada la conducta de acoso”.

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentra acreditado en el proceso o no fueron objeto de controversia los hechos relativos a que: **i)** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, donde el trabajador fue catalogado como empleado de confianza y manejo, para desempeñar el cargo de Coordinador de Mercadeo Zona Oriente, siendo remunerado a través de salario integral (fls. 17 a 20); **ii)** que el actor solicitó el 04 de noviembre de 2015 la intervención del Ministerio de Trabajo por considerar que era víctima de acoso laboral; la que se respondió de forma negativa el 13 de noviembre de 2015, señalándose que debía ponerse en conocimiento de tal situación al empleador para que este pusiera en marcha el procedimiento confidencial de que trata la Ley 1010 de 2006 (fls.23 y 24); **iii)** El 25 de noviembre de 2015 el demandante solicitó ante el Comité de Convivencia Laboral su intervención por considerar que era víctima de acoso laboral (fls.25 a 28);**iv)** El 17 de diciembre de 2015 se archivó la denuncia por acoso laboral por parte del Comité de Convivencia Laboral (fl.29); **v)** El 18 de diciembre de 2015 el demandante fue despedido de manera unilateral por parte de su empleador (fl.30); **vi)** Al interior de SYGENTA S.A. existía un plan de incentivos por cumplimiento de metas que se reconocía año a año, consistente en un plan o programa de ahorro con Skandia S.A., y una política de uso de vehículos (fls. 119 a 123, y 149 a 159); y **vii)** El actor devengaba un salario integral que ascendía a la suma de \$10'548.447

Adicional a la prueba documental de folios 2 a 30 y 115 a 255, comparecieron a rendir testimonio **Jesús Hernán Montoya Sierra, Juan Antonio Rueda, Diego Higuera Correa y Diego Felipe Méndez Ortiz**, quienes manifestaron:

Jesús Hernán Montoya Sierra afirmó ser el Gerente comercial de la entidad demandada, cargo que desempeñó por lo menos desde 2015; que el actor fue desvinculado por la compañía porque se detectó un mal manejo con un fondo, pues hizo una alianza con una persona que era distribuidor de la empresa, creó dicho fondo, y no puso en conocimiento tal situación a su jefe ni a él; que lo anterior generó toda una situación, por lo que se hizo una auditoria con el distribuidor Agroiintegral, donde se confirmó el mal uso de recursos, lo que desencadenó una serie de situaciones que al final terminaron con la salida del actor; que cuando se detectó el tema del fondo, tuvo una conversación con el actor, quien aceptó que se había hecho ese mal manejo; que lo anterior generó la desvinculación del trabajador de Agroiintegral, y se volvió complejo el manejo laboral con el actor desde el punto de vista de la confianza porque esto de alguna manera violentó la relación que se tenía con el cliente; que se tomó la decisión de terminar el contrato del demandante en noviembre- diciembre de 2015; que la empresa tiene un plan para los clientes de Agroiintegral, se les daban unos bonos adicionales en ciertos periodos, y lo que se detectó es que no en todos los casos, esos bonos se le entregaron a los clientes, evidenciando que el actor con el vendedor de Agroiintegral, se pusieron de acuerdo en mantener esos fondos bajo su propio manejo; y ello resulta ser un procedimiento incorrecto porque el cargo que tenía el demandante no le permitía hacer uso de los recursos de la compañía, fue una falta muy grave porque se hizo a espaldas de la compañía, además todo fue debidamente auditado; que el mal manejo de fondos lo detectó Diego Felipe Méndez que era el jefe del actor, y casualmente en una reunión que se dio con el actor y él, el primero confesó que había hecho ese manejo irregular; que las conductas se pusieron en conocimiento de su jefe

inmediato, Mauricio Cárdenas; que la terminación se dio en diciembre de 2015, aunque la decisión se había tomado en noviembre, pues el actor dilató un poco la toma de la decisión, pues había una investigación interna del Comité de Convivencia; que el Comité de Convivencia hizo sus averiguaciones internas, para confirmar los hechos que el demandante estaba denunciando, concluyendo que no tenían mérito y, en consecuencia, que debía cerrar la investigación; que tenían un bono que se pagaba de acuerdo a unas variables, se reconocía en marzo de los años siguientes al año cerrado, y dependía de la evaluación de los indicadores; que a través de una carta se informa a comienzo de año, la meta que se tiene y las cifras que se deben reportar mensualmente; que son varias áreas las que deciden si hay reconocimiento del bono para un trabajador; que ninguna autoridad pudo concluir que el actor fue víctima de acoso laboral; que la conclusión del informe de auditoría es que se hizo un manejo inadecuado de un fondo y que ese dinero nunca fue entregado a los clientes que lo ganaron; que la política para el pago del bono estipulaba permanencia, la persona tenía que estar en la compañía para hacerse el pago del bono; y que no hizo parte del Comité de Convivencia pero fue llamado a una entrevista por parte de ellos.

Por su parte, **Juan Antonio Rueda** señaló ser Gerente Comercial de la Zona Oriental de la sociedad demandada. Indicó que el actor hacía parte del equipo de la zona centro, y en 2015 era representante agrícola de ventas para la zona aludida; que al actor se le pagaba un bono anual ligado al cumplimiento de metas; que el bono era un incentivo anual, ligado al cumplimiento de las metas individuales, y en las medida en que se cumplieran esas metas, se daba un reconocimiento al empleado al final del periodo, lo que debía ser evaluado y revisado por la empresa; que el incentivo se pagaba en marzo, por lo que no cree que al actor se le haya pagado el bono de 2015, pues trabajó hasta principios de diciembre de 2015; que la desvinculación del actor de la compañía fue por un manejo indebido de fondos de la

compañía, lo que generó una pérdida de confianza de la gestión que estaba haciendo; que desconoce si alguna autoridad concluyó que el actor fue víctima de acoso laboral; que fue citado para diciembre de 2015 por el Comité de Convivencia, pues fue jefe del actor en 2012 y 2013; que el desempeño del actor era positivo cuando estaba con él; que algunas personas recibieron bono en 2015, pero no recuerda el resultado en general; y que no conoció las conclusiones que tuvo la auditoria externa.

Diego Higuera Correa manifestó que en el año 2015 con el actor eran pares; que hacía parte de una zona de Cundinamarca y el actor de otra zona; que el jefe directo del actor en 2015 era Diego Felipe Méndez; que no pudo evidenciar un trato diferencial de Diego Felipe Méndez al actor, todos hacían parte de un equipo y tenían condiciones igualitarias en temas de evaluación, y mediciones de objetivos; que fue citado a una entrevista por el Comité de Convivencia, y le preguntaron por el trato del jefe del actor hacia él; que como incentivo para el año 2015, había un bono anual de ventas que se entrega por cumplimiento de objetivos, que se daba el bono si se cumplían tales objetivos de ventas; que el bono se pagaba más o menos en marzo; que todos los trabajadores de la empresa tienen conocimiento de los criterios que se evalúan; que recibió el bono por cumplimiento de ventas en el año 2016, del año 2015; y que no tiene conocimiento si al actor se le asignó un porcentaje de cumplimiento superior o diferente al resto de sus pares.

Finalmente, **Diego Felipe Méndez Ortiz**, adujo que fue Gerente de Ventas de la zona oriental de la sociedad demandada y en 2015, de la zona centro; que no es cierto que le pusiera metas distintas al actor, ya que se ponen metas de acuerdo al tamaño de la zona de cada uno de los representantes, y es proporcional a la oportunidad, de hecho, la suma de todos ellos es su meta, es decir, si alguno no cumple se ve perjudicado; que el actor no siguió trabajando porque se encontró que estaba haciendo un mal manejo de los recursos de la compañía, pues

con estos construyó un fondo, con el que el actor y otra persona direccionaban los recursos a un destino diferente al que tenía; que el socio era de Agrointegral, un distribuidor; que se enteró que había mal manejo de recursos porque en una conversación de la oficina de Agrointegral, uno de los vendedores hizo un comentario de un fondo, la persona se puso muy nerviosa, e hizo la investigación con la persona que manejaba el departamento, y él le contó que sí existía ese fondo; que el Comité de Convivencia hizo una investigación donde lo llamaron a declarar, dio la versión de lo que tenía y sabía, pues el actor manifestó que era víctima de acoso laboral; que la empresa decidió despedir a Richard sin justa causa, pero el argumento final fue por el perfil del cargo nuevo, que estaba llevando a cabo, más no por el acoso laboral, para no dañarle la hoja de vida; que dependiendo del objetivo de venta se daba el bono anual, así que algunos cumplían, y otros no; que el cumplimiento era sobre una meta de consumo de ventas en el territorio, que se define para esa persona y el territorio que se maneja; que recibió el bono de 2015 pero en una escala muy baja; que antes del hallazgo por el mal manejo de recursos, el demandante no había efectuado queja alguna por el trato hacia él; que en las reuniones no siempre se citaba a todos los trabajadores; que entre el 01 de enero y el 31 de diciembre de cada año, se evalúa el rendimiento para el reconocimiento del incentivo; que el incentivo se paga en marzo; que son varias áreas las que definen si hay lugar al reconocimiento del bono; que el resultado del cumplimiento para el 2015, fue del 95% más o menos, por tanto no cumplieron, no llegaron al 100%; que pese a lo anterior recibieron un bono, pues este se paga desde el 90%, o sea es más bajito; que no tuvo que ver con la investigación del Comité de Convivencia; que en el 2015 se dijo que el actor no cumplía con el perfil del rol porque se hizo una redefinición de cómo atender el territorio de acuerdo al tipo de agricultores, ya que a finales de 2014, se hicieron unas reuniones para definir las competencias que debía tener un representante de ventas para atender un territorio, y comenzó a pesar muchísimo el tema técnico y de conocimiento del cultivo; y

que en 2013 y 2014, el actor tuvo una buena evaluación del desempeño, pero en el 2015 se dio el tema del fondo y eso tuvo un gran peso, y generó la terminación de su contrato de trabajo.

Pues bien. Evaluado el material probatorio la Sala se remite a la solicitud del 25 de noviembre de 2015, en la que el demandante señala que fue víctima de acoso laboral, encontrando que las conductas que señala como constitutivas de tal actuar, en síntesis, son las siguientes: **i)** Las metas comunicadas en febrero y julio de 2014 fueron muy por encima del histórico y comportamiento de la zona y no correspondía a las metas en pesos del socio estratégico, motivo por el que tal año no recibió bono; **ii)** El 25 de mayo de 2015 casi se cae por un barranco recorriendo un lote, lo que comunicó a Helmuth Carmona, quien le dijo que enviara un correo contando lo que había pasado y una foto, algo que hizo; no obstante, tal situación disgustó a Jesús Montoya, pues por tal situación se tuvo que cambiar todas las llantas de las camionetas; **iii)** En mayo de 2015, le dijeron organizando el viaje de Miguel Sánchez a Lima que para evitar problemas era mejor que pidiera vacaciones para esos días; **iv)** En agosto de 2015 fue inculpado o inquirido de porqué el socio estratégico tomó la determinación de despacharle a un cliente un producto “chiviado”, señalándose que había autorizado el despacho del tal producto, siendo llamado a descargos por tal situación; **v)** recibió la indicación de *“invertir un dinero de marketing, cómo realizar la carta a un cliente asignando un porcentaje de vuelta Syngentea a las actividades del cliente y además una instrucción sobre ir a donde un mostrador para hacerle un tabla de incentivos para poder cumplir el ppto de ventas”*, pero su jefe decidió hablar con él, lavándose las manos; y **vi)** Su jefe le hizo la vida imposible, comunicando cada situación al Officer de Compliance de Syngenta, Humberto León, lo que a su juicio es para aburrirlo, enfermarlo, y para que renuncie, mencionando para tal efecto, las conductas en las que consideró que incurrió el empleador (fls. 25 a 28).

Una vez puesto en conocimiento de tal situación al Comité de Convivencia Laboral, se observa que éste el 02 de diciembre de 2015 activó el inicio de la investigación correspondiente, y se llamó a diversos trabajadores a rendir su respectiva entrevista (fls. 180 a 182).

Dentro del acervo probatorio recolectado en tal investigación se encontró comunicación del 15 de octubre de 2015, en donde el actor da explicaciones respecto de la creación de un fondo con el socio Agroindustrial, el conocimiento que tenía de este, y que no informó de la constitución de este a la empresa demandada (fls.187 a 201); conductas que fueron conocidas por el jefe de éste, Diego Méndez el 21 de septiembre de 2015 (fls.215 y 2016). Igualmente, se observa que posterior a que salieran a la luz los anteriores hechos, se comenzaron a remitir por parte del actor correos electrónicos poniendo de presente eventos pasados, pues con anterioridad a tal fecha, a excepción del correo de folios 200, (que en todo caso no es una queja sino una narración explicativa relativa a un evento anterior) no se evidencia ningún tipo de queja del actor. En efecto, el primer correo, es del 26 de noviembre de 2015, donde se comunica que el señor Diego Méndez había estado preguntado por él a un cliente (fl.202), el segundo, del 27 de octubre de 2015, señalando que tuvo que pedir vacaciones para un viaje por requerimiento de su jefe (fl.207), el tercero, el 27 de octubre de 2015, aduciéndose conductas de acoso laboral por parte de Diego Méndez (fls.209 a 212), y el cuarto y quinto, el 05 y 10 de noviembre de 2015, señalándose lo aburridor que estaba el ambiente de trabajo y la falta de invitación a una reunión (fl.213).

Luego, lo que verifica la Sala es que las supuestas conductas de acoso laboral señaladas por el trabajador sólo fueron manifestadas una vez se encontraron por parte de su jefe, Diego Méndez las irregularidades en la constitución de un fondo con el socio Agroindustrial, y se inició una investigación por parte de la empresa por tales hechos, aduciendo el actor

múltiples conductas de acoso laboral, que por demás son carentes de prueba y se encuentran justificadas especialmente en correos electrónicos que el mismo actor elaboró.

En suma, ninguno de los testigos comparecientes, informaron que el señor Diego Méndez hubiese incurrido en conductas constitutivas de acoso laboral, y por el contrario, son contestes en manifestar que el obrar del trabajador, tuvo como fin evitar o dilatar su posible despido.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta las entrevistas de la investigación realizada por el Comité de Convivencia Laboral, en donde se encuentra que el señor **Jesús Montoya** informó que nunca le pidieron algún tipo de revisión para revisar temas de metas; que el correo remitido por el actor por el siniestro que tuvo en mayo de 2015, tenía información poco verídica, ya que, las llantas del carro sí estaban certificados para trabajo de campo; que el actor en reunión que tuvo con Diego Méndez aceptó la creación del fondo con Agroindustrial; y que existe un antes y después, pues una vez se identificó las irregularidades en la creación del fondo, se señalaron conductas de acoso laboral (fls. 217 a 219).

Del mismo modo, **Juan Antonio Rueda** en su entrevista adujo que el accionante pese a sus capacidades era una persona que podía saltarse los conductos regulares (fl.231); **Santiago García y Cesar Osorio**, que las razones de la falta de pago del bono de 2014 fue las pocas ventas que realizó el actor, circunstancia que se extendió a todo el equipo de la zona, pues una parte de esta se transfirió a Diabonos y eso afectó la operación de aquel equipo (fl.232); **Diego Higuera** que las metas se construyeron con Diego Méndez, que la meta es para la zona, y que no existe ningún inconveniente en el ambiente laboral (fl.238).

Así mismo, en el informe de auditoría de la creación del fondo si bien se concluyó que ningún funcionario de la demandada o Agroindustrial se apropió de recursos, se hicieron diversas recomendaciones para evitar manejos irregulares, especialmente, solicitando la unificación de acuerdos comerciales, unificar entrega de premios a través de notas de crédito, y que las bonificaciones estén firmadas por los clientes, que se dejen soportes de los acuerdos que se realicen (fls. 224 a 227).

Por tanto, la Sala considera acertada la conclusión a la que arribo el Comité de Convivencia, pues no se avizora que se hubieran constituido conductas de acoso laboral, por el contrario conforme al material probatorio que éste recolecto se logró evidenciar que los números de las metas fueron adecuados, que no existe prueba que Diego Méndez hubiera requerido al actor tomar sus vacaciones para ir al viaje de Lima, que Diego Méndez actuó conforme a los procesos al denunciar la creación de un fondo sin que exista constancia que algún superior del actor tuvo conocimiento de tal situación, y que no existe prueba alguna de acoso laboral (fls. 242 a 254); mismo escenario que acaeció en el trámite de este proceso judicial, pues de la documental arrojada a las diligencias y de la testimonial como se señaló con anterioridad, no se logran verificar conductas constitutivas de acoso laboral y la prueba lo que permite determinar es que sólo cuando se verificaron las actuaciones irregulares del actor, en la constitución de un fondo, fue que éste empezó a señalar ser víctima de una supuesta persecución, y de un entorpecimiento en su lugar de trabajo.

Luego, para la Sala no resulta ajustado a derecho declarar la ineficacia de la terminación unilateral del contrato de trabajo al no evidenciarse los supuestos fácticos que de manera contundente permitan afirmar que la finalización del vínculo aconteció por la presentación de la queja de acoso laboral presentada por el demandante.

BONO ANUAL DE 2015.

Para que haya lugar al bono anual del año 2015, establece el plan de incentivos obrante a folios 21, que la fecha de hoja de objetivos inicia el 01 de enero de 2015 y termina el 31 de diciembre de 2015; que existen tres medidas de compensación de incentivos a saber: i) distribuidor o consumo directo para CP (40%), señalándose que el objetivo anual era de \$6.712'410.000, ii) distribuidor o consumo directo de semillas (40%), señalándose que el objetivo anual era de \$93'170.000 (20%), y iii) consumo del producto foco.

De esta manera, tal y como lo advirtió la A Quo, para que hubiera lugar al bono anual de 2015 era necesario que se acreditara el cumplimiento de las metas aludidas, no obstante, brilla por su ausencia prueba que permita establecer que el demandante logró cumplir sus objetivos, y en consecuencia que tuviera derecho al bono. Por tanto, y ante la insuficiencia probatoria en tal aspecto, se concluye que no hay lugar su reconocimiento y por ello ha de confirmarse la decisión de primera instancia.

PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES. SALARIO INTEGRAL

Al respecto, basta con indicar que las prestaciones sociales -su eventual reajuste o reconocimiento - no fueron objeto de pretensión alguna, por el contrario, lo que se persiguió a través de la acción del demandante fue su reintegro con el pago de todas las acreencias laborales dejadas de percibir desde su desvinculación hasta el reintegro, el bono anual de incentivos del año 2015, e indexación; y subsidiariamente que se tuviera como salario, medicina prepagada, bonos sodexo, plan de permanencia de ahorro programado administrado por Skandia S.A., y un pago por concepto de \$50.000; reajuste de prestaciones sociales, vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa; y perjuicios morales.

De esta manera, no se avizora que hubiera sido solicitado el pago de prestaciones sociales con fundamento en que la cláusula de salario integral, de modo que, la Sala se abstendrá de efectuar un pronunciamiento al respecto, pues constituye situación novedosa, que no fue objeto de contradicción. Aunado a ello, esta Sala carece de las facultades ultra y extra petita, recuérdese que estas únicamente se encuentran en cabeza del juez de única y de primera instancia. (ver sentencias CSJ SL3850-2020 SL4487-2021).

Con base en lo expuesto en procedencia, la sentencia se CONFIRMARÁ en su totalidad.

VII.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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 providencia de origen y fecha conocidos, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-022-2017-00514 -02

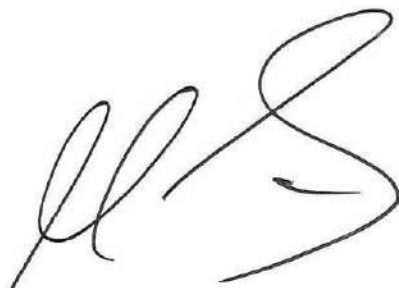
Demandante: **RICHARD AUGUSTO SÁNCHEZ BERNAL.**

Demandado: **SYGENTA S.A.**

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

Código Único de Identificación: 11001310503820200012401

Demandante: MARÍA DEL PILAR MENDEZ CRUZ

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

Reconózcense las siguientes personerías:

1. Como apoderada sustituta de Colpensiones a la doctora Angelly Juliana Salazar Caicedo, identificada con TP No. 314.157 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.
2. Como apoderado sustituto de la demandante al doctor Oscar Andrés Alfonso Hernández, identificado con TP No. 273.879 del C.S. de la J., en los términos y para los fines indicados en la respectiva sustitución de poder.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del

Código Único de Identificación: 11001310503820200012401

Demandante: MARÍA DEL PILAR MENDEZ CRUZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Circuito de Bogotá, el 06 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA DEL PILAR MÉNDEZ CRUZ** promoviese contra la **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 de la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), a través de Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones todos los valores por ella aportados, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y la respectiva indexación.

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. (Carpeta 03), 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

Código Único de Identificación: 11001310503820200012401

Demandante: MARÍA DEL PILAR MENDEZ CRUZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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.

COLPENSIONES (Carpeta 004), 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 del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo dictó sentencia **absolutoria**. Para arribar a tal decisión, expuso, en síntesis, a las AFP del RAIS les está vedado desplegar conductas selectivas para escoger a sus afiliados, por lo que, suscrito el formulario de afiliación signado por la actora, era obligación de la AFP recibirla, máxime cuando no se trataba de una persona excluida del RAIS. Preciso además que, alguno de los vicios del consentimiento debía estar evidenciado dentro del plenario y que en este caso no se demostró vicio alguno en el consentimiento de la demandante al momento del traslado de régimen.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Argumentó que, los argumentos “falsos” presentados en su momento por el asesor comercial de Colfondos a la demandante, pueden evidenciarse en el interrogatorio de parte, donde la actora refiere que se le dijo que el ISS iba a desaparecer y por ello era imperante el traslado a otro régimen, además que esta

no tuvo la información suficiente para saber cuál sería la suma de su pensión al acceder a ello y manifiesta que lo que entendió era que recibiría una mayor pensión en Colfondos S.A. que en el ISS.

Recalcó que la carga probatoria recae en las AFP por tratarse de negaciones, al hablarse de la información insuficiente, por lo que, quienes se encuentran en mejor posición de dar tales pruebas son las AFP demandadas, ya que lo que se alega es una falta de información que genera unas consecuencias como lo es un vicio del consentimiento, esto es el error, ya que la información que se le dio a la demandante la llevó a creer que esa era la mejor decisión acorde con sus necesidades, sin tener en cuenta el deber de información, citando para ello la sentencia SL 19447 de la Corte Suprema de Justicia, en la cual, además señala que la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones no era suficiente, sino que la AFP debía dar cuenta que actuó diligentemente, especialmente cuando la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearla.

Indicó que, no puede decirse que los pagos o los aportes hechos constituyan una aceptación tácita, pues debido al error en el que se le indujo, ya no le quedaba otra opción a la demandante que seguir haciendo los aportes a pensión.

Precisó que la jurisprudencia ha venido sentando algunos criterios para tener en cuenta en estos casos, por ejemplo, las sentencias SL 3179 y SL 1688 ambas del 2019 en las que se planteó que el deber de información es una obligación inherente a la creación de los fondos de pensión y por ende tienen una doble calidad, como entidad administradora de servicios y como entidad de seguridad social, la cual exige el cumplimiento del deber de información con más rigurosidad.

Código Único de Identificación: 11001310503820200012401

Demandante: MARÍA DEL PILAR MENDEZ CRUZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Concluyó señalando que, en este caso no se aportaron los pruebas donde se demuestre que Colfondos S.A. cumplió con el deber de información, la cual estaba a su cargo.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

(...) De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o

usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia 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.

“(…)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 hoy por COLPENSIONES el día 03/05/1988 (Carpeta 02¹); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 31/03/2000 a través de la A.F.P Colfondos S.A (fl. 40 Archivo 01 y fl 14 Carpeta 03); y **iii)** el día 10/12/2019

¹ GRP-SCH-HL-66554443332211_1793-20200811114636.pdf

(fl. 28 Archivo 01) solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D.

Pues bien, a folios 40 (Archivo 01) y 14 (Carpeta 03) se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 31/03/2000 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 términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia²

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 AFP 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.

También debe recordarse, que la consecuencia de la afiliación desinformada 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, (SL 1688-2019), pues el estudio de casos como el que nos ocupa no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Con sustento en estos presupuestos, la Sala estima desacertada la conclusión del A Quo por cuanto abordó el estudio del caso a partir del régimen de las nulidades sustanciales cuando, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe

² 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.

abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto, y por ende resulta equivocado, 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.

Por lo brevemente expuesto se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de la señora María del Pilar Méndez Cruz del RPM al RAIS, realizado a través de la AFP COLFONDOS S.A. el 31 de marzo del 2000 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

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, la AFP COLFONDOS S.A, deberá devolver a la administradora del R.P.M.P.D. todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen, debidamente indexados; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras).

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el

tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Méndez Cruz.

Así mismo se **ORDENARÁ** a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de María del Pilar Méndez Cruz al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad, a recibir los valores devueltos por las AFP, y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

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. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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).

VII. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP COLFONDOS S.A.**, por ser vencida en juicio.

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. - **REVOCAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

1.1. DECLARAR LA INEFICACIA del acto de traslado de María del Pilar Méndez Cruz del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de COLFONDOS S.A. el día 31 de marzo del 2000 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

1.2. CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.**, que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por María del Pilar Méndez Cruz y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen debidamente indexadas.

1.3. ORDENAR a Colpensiones a recibir los valores enunciados en el literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de María del Pilar Méndez Cruz al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral,

Código Único de Identificación: 11001310503820200012401

Demandante: MARÍA DEL PILAR MENDEZ CRUZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada **AFP COLFONDOS S.A.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Declaro voto

Código Único de Identificación: 11001310503820200012401

Demandante: MARÍA DEL PILAR MENDEZ CRUZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María del Pilar Méndez Cruz
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2020-00124-01**

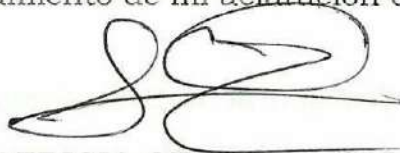
Aunque acojo la decisión de la Sala al resolver la apelación, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, 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