



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 23-2021-00365-01**

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR S.A. (antes COLPATRIA).**  
**ASUNTO: APELACIÓN COLPENSIONES Y AFP PORVENIR SA.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se acepta la renuncia al poder general otorgado por Colpensiones a Navarro Rosas Abogados SAS, presentado por la representante legal Dannia Vanessa Navarro Rosas conforme a memorial debidamente allegado al proceso.

La demandante y la demandada AFP PORVENIR SA, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA (ANTES COLPATRIA), como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ** del Régimen de Prima Media al RAIS, AFP COLPATRIA HOY AFP PORVENIR SA., toda vez que esta se obtuvo producto del engaño, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consciente acerca del alcance e implicaciones que tenía su traslado de régimen.

2. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a AFP PORVENIR SA, retirarla del RAIS, y a COLPENSIONES a recibir de manera inmediata al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ** sin solución de continuidad.

3. Que en virtud de ese regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses etc., y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.

4. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 16 de 2021 y aclarado mediante auto de septiembre 6 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y PORVENIR, en tiempo, como consta en auto de enero 17 de 2022; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 23 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 18 de febrero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el día 18 de mayo de 1999, y declarar que nunca se trasladó al RAIS; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR., a devolver la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual de **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ**, junto con rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima media con Prestación Definida, lo mismo que los bonos pensionales, porcentaje del fondo de pensión mínima, gastos de administración, seguros previsionales debidamente indexados, sin descuento alguno por ningún concepto, ordeno a Colpensiones recibir los dineros y ajustar la historia laboral; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a Porvenir, y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

- Sostiene que en este caso no se reúnen los presupuestos suficientes para declarar la ineficacia.
  - El demandante si recibió una asesoría por parte de Colpatria en el año 1999, pues se suscribió un formulario que es prueba documental de la voluntad libre, voluntaria y sin presiones de afiliarse, ya que estos eran los requisitos exigidos para 1999.
  - No era exigible para la fecha del traslado el deber de información, pues este deber solo se exigió legalmente desde e año 2010, 2104 y 2015 con la expedición de los respectivos decretos.
  - Manifiesta su inconformidad con devolver los gastos de administración, y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, pues estos están consagrados en la ley 100/93 y se cobran en virtud de mandato legal.
- Solicita se revoque la sentencia, y se absuelva a Porvenir SA.

Por su parte la demandada COLPENSIONES. sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

-No está de acuerdo con la ineficacia declarada, pues claramente el juez, no tuvo en cuenta la realidad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno al traslado que hizo el actor con el fondo privado, y esos actos jurídicos solo producen efecto inter- partes.

-Es claro que la ineficacia no puede afectar a Colpensiones, pues la ineficacia declarada fue de un negocio jurídico entre el fondo privado y el actor donde no intervino Colpensiones, y al ordenarse vincularlo a Colpensiones afecta gravemente el equilibrio financiero del fondo público.

-Solicita en caso de confirmarse el fallo que el tribunal condene a Porvenir SA a que pague los perjuicios que se le causan a Colpensiones, pues quien causo el daño debe repararlo y no un tercero como es Colpensiones.

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

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRA S.A. hoy PORVENIR SA, efectuado por **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ** el día 18 de mayo de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIAS.A. el 18 de mayo de 1999, posteriormente fusionada con Porvenir SA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PORVENIR** aportó: Historia laboral, relación de movimientos, certificado de afiliación, comunicaciones de junio 28 y 29 y julio 13 de 2021, simulación pensional, afiliación Colpatria, bono pensional, historia laboral bono, historia de vinculaciones, comunicado de prensa, concepto de superintendencia.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de mayo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado 18 de mayo de 1999, el demandante tenía 234 semanas ( expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 28 de marzo de 1959 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., había cotizado más de 1346 semanas, ( expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP COLPATRIA S.A., el 18 de mayo de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **JORGE ALBERTO CRUZ VALDEZ** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLPATRIA S.A hoy PORVENIR SA, el 18 de mayo de 1999.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022 por el Juzgado 23 Laboral el Circuito de Bogotá

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Jorge Alberto Cruz Valdez  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00365-01**

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**

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

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

Código de verificación: **15ea4cfa2ebd27394324e6d8582367478d5809fd181cfa7ae0989d6cab1edb89**

Documento generado en 15/11/2022 05:00:32 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 22-2020-00496-01**

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: NUBIA BECERRA IMITOLA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS SA.**  
**ASUNTO: APELACIÓN COLPENSIONES/ COLFONDOS/ CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada ORIANA ESPITIA GARCIA CC 1.034.305.197 Y TP 291.494 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por CLAUDIA LILIANA VELA, en su condición de representante legal de CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

La demandante y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

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

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **NUBIA BECERRA IMITOLA** del Régimen de Prima Media al RAIS, al AFP COLFONDOS EN DICIEMBRE DE 1998.
2. Que se ordene a COLFONDOS SA, a retornar a la demandante junto con los aportes a Colpensiones, y a esta última a recibirla sin solución de continuidad
3. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de septiembre 13 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES Y COLFONDOS, en tiempo, como consta en auto de noviembre 6 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 16 de noviembre de 2021 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **NUBIA BECERRA IMITOLA**, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el día 17 de diciembre de 1998; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS SA, a devolver la totalidad de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración indexados, ajustar la historia laboral; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a COLFONDOS; **CONCEDIÓ** apelación a las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLFONDOS)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

-Apela parcialmente el fallo, en cuanto se ordena la indexación de los gastos de administración y los rendimientos, pues estos gastos son de origen legal y se aplican en los dos regímenes.

-no existe prueba de un daño que se le haya causado a la demandante por Colfondos, además los aportes generaron rendimientos que están en la cuenta individual de la demandante y no puede ordenarse la devolución de los mismos indexados.

-Colfondos siempre actuó de acuerdo a la normativa vigente; por tanto solicita se aplique lo correspondiente a las restituciones mutuas, solicitando se ordene solo devolver las cotizaciones y los rendimientos a Colpensiones.

Por su parte la demandada COLPENSIONES. sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

Solicita revocar la sentencia, porque no se dan los presupuestos de la ineficacia, porque la demandante tenía plena capacidad, y no demostró ningún vicio del consentimiento, y su afiliación fue libre y voluntaria.

-No se dan los requisitos legales, y jurisprudenciales para que la demandante pueda ser trasladada de régimen.

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

### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **NUBIA BECERRA IMITOLA** el día 17 de diciembre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 17 de diciembre de 1998 (folio 27 expediente digital)

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

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

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

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la

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

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

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

*del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP COLFONDOS** apporto:

Formulario de afiliación, historia laboral, consulta Asofondos, respuesta a petición, simulación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de diciembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 17 de diciembre de 1998, la demandante tenía 185 semanas (folio 4 anexos expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 21 de noviembre de 1964, folio 4 anexo demanda digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Colfondos S.A., la demandante había cotizado más de 1100.71 semanas, ( expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que

efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la parte demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 17 de diciembre de 1998, la cual la llevó a tomar la

decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **NUBIA BECERRA IMITOLA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A, el 17 de diciembre de 1998; y se adicionara en cuanto a la devolución de las primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, todo con cargo a los propios recursos del AFP COLFONDOS SA, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que en la devolución que debe hacer AFP COLFONDOS SA a COLPENSIONES, también se deben incluir las primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Nubia Becerra Imitola  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**022-2020-00496-01**

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**

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

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

Código de verificación: **c0609b8f37ae9eda48e7c21be8a2e6d778f086593a769d9bec3f1a143f8143b0**

Documento generado en 15/11/2022 05:00:32 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 11-2019-00395-01**

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: MIRYAM RUTH CORTES DE CASALLAS**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP HORIZONTE -HOY AFP PORVENIR SA.**  
**ASUNTO: APELACIÓN DEMANDANTE Y DEMANDADAS / CONSULTA**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 DE MARZO de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada PAULA HUERTAS BORDA CC 1.020.833,703 Y TP 369.744 DEL CSJ, para actuar como apoderada del AFP PORVENIR SA, según poder otorgado mediante escritura pública a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS debidamente allegada; igualmente se reconoce personería jurídica a BELCY BAUTISTA FONSECA, CC- 1.020.748.893 y TP- 205.097 del CSJ como apoderada sustituta de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por CLAUDIA LILIANA VELA, en su condición de representante legal de CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

La demandante, Porvenir y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### ANTECEDENTES

**MIRYAM RUTH CORTES DE CASALLAS** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado por **MIRYAM RUTH CORTES DE CASALLAS** del Régimen de Prima Media al RAIS, al AFP PORVENIR SA, declarando que siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad.
2. Que se ordene a PORVENIR SA, trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y demás adehalas, y a esta última a recibirlos corrigiendo la historia laboral, condenar al pago de perjuicios morales, condenar en costas.
3. Formula pretensiones subsidiarias en similar sentido.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 29 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 4 de 2021 proferido por el Juzgado 40 Laboral del Circuito, quien avoca en conocimiento; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 40 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de marzo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **MIRYAM RUTH CORTES DE CASALLAS** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, a devolver a

COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos, como las cotizaciones, bonos, sumas adicionales con sus frutos y rendimientos, gastos de administración indexados, primas y seguros; reactivar la afiliación sin solución de continuidad; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a PORVENIR; **CONCEDIÓ** apelación a las partes y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante, apelo la decisión parcialmente por la no condena en costas a Colpensiones, considera que las costas son objetivas y a quien pierde el pelito se le debe condenar, por así ordenarlo el artículo 365 del CGP, igualmente cita precedente horizontal de este tribunal.

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

-La demandante realizo válidamente el traslado de régimen, y no se dan los presupuestos jurisprudenciales para aplicarlos a este caso, ya que todos los casos tienen situaciones fácticas diferentes.

-Por tanto se firmó el formulario de afiliación de manera libre y sin presiones, pues ese era el requisito exigido para el año 2000, fecha de afiliación.

-La relación entre afiliado y AFP fue administrativa, y en ningún sentido se puede considerar como dominante el AFP, pues se consideran iguales en términos contractuales.

-La actuación de Porvenir siempre ha sido de buena fe, y cumpliendo cabalmente la ley.

-No se puede ordenar devolver los rendimientos, los gastos de administración, y seguros, pues estos se cobran por ministerio de la ley que porvenir cumplió cabalmente, y si la ineficacia conlleva que la demandante nunca se retiro del RPM, por contera sus aportes nunca produjeron rendimientos; tampoco es viable restituir las sumas por seguros previsionales, pues estos no están en poder de porvenir, sino en las aseguradoras contratadas para ello; solicita revocar y absolver, y abstenerse de condenar en costas.

Por su parte la demandada COLPENSIONES. sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

- Solicita revocar la sentencia, porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 13 de la ley 100/93, pues le faltaban menos de 10 años para llegar a la edad de pensión; no se dan los presupuestos de la ineficacia, porque la demandante tenía plena capacidad, y no demostró ningún vicio del consentimiento, y su afiliación fue libre y voluntaria; en el interrogatorio manifestó que no había sufrido ningún tipo de coerción, y había leído el formulario.
- El deber de información solo fue obligatorio a partir de 2014 y 2015 con la expedición de las leyes pertinentes.
- La demandante al suscribir el contrato era mayor de edad, y plenamente capaz.
- La ineficacia pone en peligro la estabilidad financiera de Colpensiones.
- No se demostró que la demandante sufriera un perjuicio en la mesada pensional de la demandante en el RAIS, porque no se allegó un comparativo pensional.
- Solicita no condenar en costas a Colpensiones.

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

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE S.A.(HOY AFP PORVENIR SA), efectuado por **MIRYAM RUTH CORTES DE CASALLAS** el día 16 DE NOVIEMBRE DE 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM. **3.** Si hay lugar a condena en costas de primera instancia a Colpensiones.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. el 16 de noviembre de 2000 (folio 35 expediente digital)

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PORVENIR** aportó: Consulta de viabilidad, SIAFP, historia de vinculaciones, certificado de afiliación, relación de movimientos, relación de aportes, certificado de cuenta de ahorro individual, resumen historia laboral, bono pensional, historia laboral consolidada, respuesta petición, formulario de afiliación, afiliación pensiones voluntarias, respuesta a petición.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 16 de noviembre de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener

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

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

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

Claramente para el momento del traslado 16 de noviembre de 2000, la demandante tenía 620 semanas (folio 137 anexos expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 18 de julio de 1961, folio 34 anexo demanda digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2018 (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Porvenir S.A., la demandante había cotizado más de 1590 semanas, F. 137 expediente digital), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el(a) demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la parte demandante, en este caso la que realizó la AFP HORIZONTE S.A., el 16 de noviembre de 2000, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante,*

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de***

***gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **MIRYAM RUTH CORTES DE CASALLAS** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP HORIZONTE S.A, el 16 de noviembre de 2000.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS:**

La parte demandante apela en cuanto a la no condena en costas de primera instancia a Colpensiones, pues considera que dicha condena es objetiva, y debe condenarse a la parte vencida, en este caso a Colpensiones, y no solo a Porvenir, trayendo a colación el artículo 365 del CGP, y decisiones de otras salas de decisión de este Tribunal.

Se dirá que no tiene razón la apelante, pues claramente el artículo 365 del CGP establece: *“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetara a las siguientes reglas:*

*..5-En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.”*

Para el caso en estudio, el a quo al pronunciar condena parcial, -ya que negó entre otras la pretensión de perjuicios morales-, se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones, fundamentando razonadamente su decisión. Por tal razón se niega la apelación interpuesta por la parte demandante.

Por resultar desfavorables los recursos de los apelantes, no hay lugar a condena en costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de marzo de 2022 por el Juzgado 40 Laboral el Circuito de Bogotá.

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

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



Aclaro voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Miryam Ruth Cortés de Casallas  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**011-2019-00395-01**

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**

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

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

Código de verificación: **5cb87c8f6ea2da2cf96edb17f90328da965a8c8c1e30f83ae5a9c84515c1877b**

Documento generado en 15/11/2022 05:00:31 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 33-2019-00354-01**

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: VIVIANA IVONNE SAMANIEGO CASTAÑEDA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA**  
**ASUNTO: APELACIÓN: PORVENIR/ COLPENSIONES / CONSULTA:**  
**COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a JULIAN ENRIQUE ALDANA OTALORA CC 80.032.677 y TP 236.927 del CSJ, para actuar como apoderado sustituto de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por CLAUDIA LILIANA VELA, en su condición de representante legal de CAL & NAF ABOGADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

El demandante, Porvenir, y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

**VIVIANA IVONNE SAMANIEGO CASTAÑEDA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, y AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que es nula la vinculación y traslado realizado por **VIVIANA IVONNE SAMANIEGO CASTAÑEDA** del Régimen de Prima Media al RAIS, por falta de consentimiento informado el 1 de abril de 1999; y que debe recibir la pensil de vejez una vez reúna los requisitos de la ley 797 de 2003.
2. Que se Condene a AFP PORVENIR SA, a trasladar a Colpensiones los aportes y los rendimientos financieros, y a esta última a recibirlo sin solución de continuidad.
3. Condenar a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez una vez reúna los requisitos; y se condene en las costas y agencias en derecho.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de noviembre 1 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda, en tiempo, como consta en auto de noviembre 30 de 2021; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 33 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 23 de marzo de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de **VIVIANA IVONNE SAMANIEGO CASTAÑEDA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por AFP PORVENIR SA, el 8 de marzo de 1999; se tenga como afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **ORDENA** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, junto con los intereses, rendimientos y cuotas de administración. **ORDENA** a Colpensiones recibir las sumas y reactivar la

afiliación; ORDENA a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de cuotas de administración de su propio patrimonio. Declara probada la excepción de ausencia de requisitos para pensión de vejez, sin que esta declaración haga tránsito a cosa juzgada; Declara no probadas las demás excepciones. CONDENA en costas a Porvenir; Concede apelación a las demandadas, y Consulta a Colpensiones.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

-Co el fallo se afectan los principios fundamentales del derecho como la confianza legítima, la estabilidad financiera del sistema pensional.

-Porvenir cumplió ampliamente con el deber de información, ya que el afiliado firmo el formulario de afiliación en 1999, y ese era el requisito exigido por esa época, y los asesores le brindaron toda la información sobre el cambio de régimen.

-A pesar de tener derecho al retracto o devolverse al RPM que está establecido en la ley, la demandante nunca lo hizo, tampoco solicito asesoría, lo que indica que estaba conforme con su afiliación al RAIS.

-La demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPM cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

-El hecho de aspirar a regresar al RPM porque su mesada es superior en ese régimen, no genera ningún vicio en el consentimiento, ni nulidad por falta de información.

-No está de acuerdo, con la orden de devolución de los gastos de administración indexados, pues estos son conceptos que se descuentan en los dos regímenes por mandato legal, y son como contraprestación por la gestión del fondo durante la vinculación, y no hacen parte de la mesada pensional, el devolverlos constituiría un enriquecimiento sin causa de Colpensiones. Son susceptibles de prescripción. Tampoco está de acuerdo con las costas impuestas, pues Porvenir nunca actuó de mala fe.

COLPENSIONES: Solicita se revoque parcialmente en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado, pues no se sabe si el dinero de la cuenta de ahorro individual alcance a cubrir la protección a futuro, pues si supera la expectativa de vida traería un desbalance al sistema financiero para Colpensiones.

-No está de acuerdo con la desproporción de la carga de la prueba, pues para el AFP es difícil demostrar que se dio la información al momento del traslado cuando esto ocurrió hace muchos años.

-De otra parte se dan los actos de relacionamiento, pues al estar afiliada durante tantos años al RAIS, sin nunca acudir a las oficinas a manifestar su inconformidad, indica que su deseo era siempre permanecer en el RAIS.

-En el interrogatorio la demandante manifestó que su inconformidad era por recibir una mesada menor en el RAIS, a la que recibiría en Colpensiones, pues cuando se afilio al RAIS tenía una posibilidad de tener mayores rendimientos y una mejor mesada en el RAIS, pero esto no se dio, y a eso se vio avocada al trasladarse voluntariamente al RAIS:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **VIVIANA IVONNE SAMANIEGO CASTAÑEDA** el día 8 de marzo de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.; al igual que AFP PORVENIR SA devuelva los gastos de administración.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 8 de marzo de 1999 (folio 53 Exp. digital).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PORVENIR** apporto: SIAFP, verificado de vinculación, formulario afiliación a Porvenir 1999, historia laboral, relación de movimientos, respuesta a petición, historia válida para bono pensional, página del Tiempo 2004, comunicado de prensa, concepto Superintendencia Financiera 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de marzo de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

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

Claramente para el momento del traslado 8 de marzo de 1999, la demandante tenía 601 semanas (folio 76 expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 5 de enero de 1966, folio 42 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de reporte total de semanas cotizadas), la demandante había cotizado más de 1704 semanas; en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la parte demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 8 de marzo de 1999, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **VIVIANA IVONNE SAMANIEGO CASTAÑEDA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A, el 8 de marzo de 1999; y se **ADICIONARA** en cuanto a que AFP PORVENIR SA debe devolver, además de las cuotas de administración, los aportes para seguros previsionales y para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente actualizados, todo con cargo a sus propios recursos.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP COPENSIONES S.A. y AFP PORVENIR SA, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado 33 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que en la devolución que debe hacer la AFP a COLPENSIONES, además de los gastos de administración, también se deben incluir los aportes para seguros previsionales, y para el fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP COLPENSIONES S.A y AFP PORVENIR SA, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



Aclaro voto  
**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Viviana Ivonne Samaniego Castañeda  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**033-2019-00354-01**

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**

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

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

Código de verificación: **625785eda1ca7516b42804295e7a9bc425dac2ccb36e1a7504dd95d7eb820405**

Documento generado en 15/11/2022 05:00:33 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 10-2019-00729-01**

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: EDGAR EDUARDO REY VELANDIA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP COLFONDOS SA. AFP PORVENIR SA- AFP SKANDIA SA.**  
**ASUNTO: APELACIÓN PORVENIR/ COLFONDOS/ AFP SKANDIA/ CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 DE DICIEMBRE de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO CC1.019.135.990 y TP 373.640 del CSJ, como apoderada sustituta de Porvenir SA, según poder otorgado por PAULA HUERTAS BORDA adscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS, a quien Porvenir le otorgo poder general; igualmente a JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA CC 53140467, y TP 199923 del CSJ, como apoderada general del COLFONDOS SA, según certificado de representación legal que se adjunta; igualmente a ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37627008 Y TP 221.228 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por MARIA CAMILA

BEDOYA GARCIA, en su condición de representante legal de ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

La demandante, Porvenir, Colfondos, y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**EDGAR EDUARDO REY VELANDIA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, la AFP COLFONDOS SA, AFP PORVENIR SA, y AFP OLD MUTUAL SKANDIA SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia del traslado realizado por **EDGAR EDUARDO REY VELANDIA** del Régimen de Prima Media al RAIS, al AFP COLFONDOS en noviembre 26 de 1994, al igual que los demás traslados horizontales efectuados a Horizonte, hoy Porvenir, y a Old Mutual-Skandia.
2. Que se ordene a AFP OLD MUTUAL SKANDIA SA, a retornar al demandante junto con los aportes a Colpensiones, y a esta última a recibirlo sin solución de continuidad
3. Que se condene a las demandadas ultra y extra petita, y en las costas y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de diciembre 11 de 2019, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda COLPENSIONES, PORVENIR, OLD MUTUAL-SKANDIA Y COLFONDOS, en tiempo, como consta en auto de julio 8 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 10 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 9 de diciembre de 2021 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de **EDGAR EDUARDO REY VELANDIA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado el día 26 de noviembre de 1994 administrado por Colfondos SA; igualmente del traslado horizontal a Horizonte hoy Porvenir el 29 de octubre de 2002; y a Old Mutual-Skandia el 1 de octubre de 2007; **CONDENÓ** a la AFP SKANDIA SA, a devolver la totalidad de las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración indexados; y en igual sentido a AFP COLFONDOS SA. y AFP PORVENIR SA; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; **ABSOLVIÓ** en lo demás; impuso costas a COLFONDOS, PORVENIR, SKANDIA Y COLPENSIONES; **CONCEDIÓ** apelación a las demandadas y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLFONDOS)** interpuso recurso de apelación parcial en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

-No está de acuerdo, con la orden de devolución de los gastos de administración indexados, pues estos son conceptos que se descuentan en los dos regímenes por mandato legal.

-Es precisamente el ejercicio de esa administración que se generan los rendimientos financieros que acrecientan la cuenta de ahorro individual del afiliado, y estos no se generan en el RPM, no hay lugar a indexarlos ya que la forma de capitalización de los aportes está establecida en la ley, que se configuran con el incremento del ahorro, y en este momento Colfondos no tiene ningún aporte del actor, y el devolver los gastos de administración indexados constituye un enriquecimiento sin causa en favor del actor.

Porvenir SA: Apela parcialmente, sustentando su alzada, en el sentido que si cumplió con el deber de información que se exigía en el año 2002 fecha del traslado a Horizonte, pues se firmó el formulario de afiliación sin ningún tipo de presión, y el traslado inicial lo fue a Colfondos.

-El actor también estaba obligado a informarse, ya que la ley es general para todos, y tanto el fondo, como el afiliado deben enterarse de las normas legales.

-En el interrogatorio de parte el actor manifestó conocer el RAIS, cuando expreso que le generaba mayor rentabilidad trasladarse a Porvenir.

-Se opone a la devolución de los gastos de administración indexados, ya que la afiliación fue valida, no se dan los presupuestos de las restituciones mutuas, pues no es posible devolver dineros que uso el AFP para manejar la cuenta del afiliado e incrementar su saldo con los rendimientos, gastos que también están regulados en el RPM, de hacerlo se daría un enriquecimiento sin casusa en favor del actor.

SKANDIA: Apela parcialmente, en cuanto a los gastos de administración, la ley prevé en el artículo 20 de la ley 100/93 que el 3% de la cotización se destina en ambos regímenes a los gastos de administración, que incluye comisiones de administración, y pago de primas para pensión de invalidez y sobrevivientes.

-La comisión de administración no pertenece al afiliado, sino al fondo de pensiones, pues al devolverse genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. Skandia cumplió la ley al administrar los aportes, generando rendimientos, actuando de buena fe.

-En lo relativo a las primas para pensión de invalidez y sobrevivientes, ya se generaron y cubrieron los riesgos durante la vigencia de la afiliación.

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por el día 26 de noviembre de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP OLD MUTUAL-SKANDIA S.A., lo mismos que los demás AFP en los que estuvo vinculado, COLFONDOS, HORIZONTE (hoy PORVENIR) devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, a COLPENSIONES, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 26 de noviembre de 1994 (folio 98 expediente digital)

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP COLFONDOS** apporto: Publicación del tiempo de 2004; **AFP PORVENIR** apporto: Certificado SIAFP, relación histórica de movimientos, historia laboral consolidada, certificado egreso, a afiliación a Horizonte, respuesta petición, solicitud de beneficios tributarios, publicación del Tiempo; **AFP SKANDIA**: Afiliación a Old Mutual Skandia, historia laboral, estado de cuenta individual, historia laboral para bono pensional.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 26 de noviembre de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener

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

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

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

Claramente para el momento del traslado 26 de noviembre de 1994, el demandante tenía 706.57 semanas (folio 113 expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 21 de mayo de 1959, folio 3 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2020, fecha de expedición de reporte total de semanas cotizadas, el demandante había cotizado más de 1780.14 semanas, ( fs.113 a 120 expediente digital); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la parte demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 26 de noviembre de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

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

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante,*

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

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

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

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

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

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

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

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

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de***

***gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **EDGAR EDUARDO REY VELANDIA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A, el 26 de noviembre de 1994; y se adicionara en cuanto a la devolución de las primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, todo con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP COLFONDOS S.A. AFP PORVENIR SA, y AFP SKANDIA SA, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían

en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2021 por el Juzgado 10 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que en la devolución que deben hacer las AFP a COLPENSIONES, también se deben incluir las primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR SA, y AFP SKANDIA SA, y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



Aclaro voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Edgar Eduardo Rey Velandia  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**010-2019-00729-01**

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**

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

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

Código de verificación: **1643d28f7c66eb49e88f48e45e8ab260c6fd1dabac615cab5cf4080a6b7245fe**

Documento generado en 15/11/2022 05:00:31 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 31-2021-00306-01**

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

**DEMANDANTE: CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA- AFP PROTECCION SA.**  
**ASUNTO: APELACIÓN PORVENIR/ PROTECCION/COLPENSIONES /**  
**CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de enero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica a la abogada GLORIA YANETH RODRIGUEZ CORNELIO CC 51.740.298 y TP 85335 del CSJ, para actuar como apoderada de la parte actora, conforme al poder allegado. Igualmente se reconoce personería a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES CC 37.627.008 Y TP 221.228 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones, según poder debidamente allegado, otorgado por MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA, en su condición de representante legal de ARANGO GARCIA ABOGADOS ASOCIADOS SAS, a quien Colpensiones otorgo poder general.

Porvenir, Protección, y Colpensiones, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 1 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

**CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCION SA, Y AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que es nula la vinculación y traslado realizado por **CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA** del Régimen de Prima Media al RAIS, por falta de información clara y completa sobre las implicaciones del cambio de régimen; y que AFP Protección debe devolver todos los aportes y demás adehalas a Colpensiones.
2. Que se Condene a AFP PROTECCION, a devolver a Colpensiones los valores recibidos por la afiliación del demandante, como afiliación, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración e intereses, y a esta última a recibirlo sin solución de continuidad.
3. Condenar en las costas y agencias en derecho.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de julio 9 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda, en tiempo, como consta en autos de agosto 25 de 2021 AFP Porvenir SA, y noviembre 2 de 2021 AFP Colpensiones y Protección; se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 31 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 17 de enero de 2022 **DECLARÓ** la nulidad del acto de traslado de **CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA** del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; se tenga como afiliado al RPM; CONDENA a Porvenir y Protección a devolver la totalidad de las sumas descontadas por gastos de administración y seguros. CONDENA a Protección trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, intereses, frutos, sin descuento alguno; CONDENA a Colpensiones a recibir al demandante en el RPM como si nunca se hubiera trasladado. CONDENA en costas a Protección y Porvenir; Concede apelación a las demandadas, y Consulta a Colpensiones.

## RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PORVENIR)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

-Porvenir cumplió ampliamente con el deber de información, ya que el afiliado firmo e formulario de afiliación y los asesores le brindaron toda la información sobre el cambio de régimen.

-El demandante se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPM cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse.

-El hecho de aspirar a regresar al RPM porque su mesada es superior en ese régimen, no genera ningún vicio en el consentimiento, ni nulidad por falta de información.

-No está de acuerdo, con la orden de devolución de los gastos de administración indexados, pues estos son conceptos que se descuentan en los dos regímenes por mandato legal, y son como contraprestación por la gestión del fondo durante la vinculación, y no hacen parte de la mesada pensional.

Protección SA: Apela parcialmente, sustentando su alzada, en cuanto a los gastos de administración y seguros previsionales.

-La ley 100/93 ordena descontar de los aportes un porcentaje por la administración de dichos aportes en los dos regímenes.

-Este porcentaje se utiliza para la administración de la cuenta de ahorros individual, y como compensación por los rendimientos financieros que produce el fondo en favor de los afiliados.

-En cuanto a la ficción que se declara por la ineficacia, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, no debió haber ningún aporte al RAIS, pero tampoco tuvo derecho a algún rendimiento, por lo que solicita se abstenga de ordenar la devolución de los rendimientos financieros.

-En concepto de la Superintendencia Financiera, se deben respetar los descuentos por administración y por seguros previsionales, cuando se traslada de un fondo a otro, pes estos se utilizaron durante la afiliación; en cuanto a los seguros la Sala Civil de la Corte Suprema estableció la buena fe para exigir de la devolución de las primas de seguros.

-Los perjuicios no fueron demostrados por el demandante, ya que la inversión de la carga de la prueba se da solo sobre la ineficacia del traslado.

-Sobre los gastos de administración y las primas de seguros previsionales opera el fenómeno de la prescripción de tres años, establecida el CST y CPT y la SS.

COLPENSIONES: El demandante está inmerso en la prohibición de trasladarse cuando le falten menos de 10 años, para llegar a la edad pensional.

-Se demostró que no hubo ninguna presión para trasladarse al RAIS, como lo expreso en el interrogatorio.

-Solicita se absuelva a Colpensiones.

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA** el día 22 de octubre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCION S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.; al igual que AFP PORVENIR SA devuelva los gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 22 de octubre de 1997 (folio 74 contestación Porvenir).

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PROTECCION** aporó: Formulario de afiliación a Colmena, historia laboral bonos pensionales, SIAFP, movimiento cuenta de ahorro individual, historia laboral, políticas de aseguramiento,

concepto de superintendencia financiera 2015, comunicado de prensa; **AFP PORVENIR** aporto: Certificado Asofondos, formulario afiliación a Porvenir 1997, página del Tiempo 2004, concepto Superintendencia Financiera 2020, historia laboral, relación histórica de movimientos, certificado de aportes.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de octubre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 22 de octubre de 1997, el demandante tenía 341.29 semanas (folio 27 expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 20 de agosto de 1959, folio 23 expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2021 (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de reporte total de semanas cotizadas), el demandante había cotizado más de 1524.14 semanas; en cambio en el RAIS tan solo podría,

conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no

puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la parte demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 22 de octubre de 1997, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

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

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

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del

formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

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

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

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

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de*

*pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

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

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

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

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

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se confirma lo decidido por el a quo, en cuanto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó **CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A, el 22 de octubre de 1997; y se **MODIFICARA Y ADICIONARA** en cuanto a que no se trata de la nulidad del traslado, sino la ineficacia; y en cuanto a los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, todo con cargo a los propios recursos de las AFP demandadas, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP COPENSIONES S.A. AFP PORVENIR SA, y AFP PROTECCION SA, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR** la sentencia proferida el 17 de ENERO de 2022 por el Juzgado 31 Laboral el Circuito de Bogotá, en el sentido que lo que se declara es LA INEFICACIA del traslado efectuado por **CARLOS ESTEBAN ORTEGA SANTAMARIA del RPM al RAIS** el día 22 de octubre de 1997 a través de AFP PORVENIR SA; y que en la devolución que deben hacer las AFP a COLPENSIONES, también se deben incluir los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP COLPENSIONES S.A., AFP PORVENIR SA, y PROTECCION SA, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



Aclaro voto

**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado  
Demandante: Carlos Esteban Ortega Santamaría  
Demandada: Colpensiones y otras.  
Radicación: 11001-31-05-**031-2021-00306-01**

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**

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

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

Código de verificación: **5da80b9f37e637935189def1cfc49bcfcc2bcbb198526fbf4aaa490af447ae2c**

Documento generado en 15/11/2022 05:00:32 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 017-2014-00499-01**

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

DEMANDANTE: **JUAN DE JESÚS HUERFANO ALFARO**  
DEMANDADO: **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P, CELPRO SAS  
CELULARIZACIÓN Y PROCESOS Y ALCALDÍA MAYOR DE  
BOGOTA- SECRETARIA DEL HABITAT-UNIDAD  
ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP**  
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE Y  
DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante y demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá el día 22 de junio de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes demandante y accionada - **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P y CELPRO SAS CELULARIZACIÓN Y PROCESOS**- presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 26 de julio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **JUAN DE JESÚS HUERFANO ALFARO**, instauró demanda ordinaria laboral contra **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P, CELPRO SAS CELULARIZACIÓN Y PROCESOS Y UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS UAESP**, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS PRINCIPALES:**

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo, con la compañía **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P**, desde el 2 de marzo de 2007 hasta el 13 de diciembre de 2012.
2. **DECLARAR** que la sociedad **CELPRO S.A.S., CELULARIZACION Y PROCESOS**, es un simple intermediario y por tanto solidariamente responsable de las acreencias laborales adeudadas por la empresa LIME S.A. E.S.P.
3. **DECLARAR** que la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS**, debe responder solidariamente por las acreencias adeudadas por la empresa LIME S.A. E.S.P.
4. **DECLARAR** que, durante la vigencia de la relación laboral, laboró dos horas extras nocturnas en el horario comprendido entre las 2 y las 4 de la mañana.

**DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS**

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre **CELPRO S.A.S CELULARIZACION Y PROCESO** desde el 2 de marzo de 2007 hasta el 13 de diciembre de 2012
2. **DECLARAR** que **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A., E.S.P.**, es responsable solidaria de las acreencias laborales adeudadas.

**CONDENAS PRINCIPALES.**

1. **CONDENAR** a las demandadas de manera solidaria a pagar la suma de \$23.529.759, por trabajo suplementario.
2. **CONDENAR** a las entidades accionadas a pagar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
3. **CONDENAR** a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas.
4. Costas procesales.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La sociedad **LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P**, contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que jamás existió relación jurídica alguna con el accionante, ni contrato de trabajo, como tampoco se configuraron los elementos para declarar la relación laboral. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, entre otras (folio 151-165 expediente digital). En igual sentido se pronunció **LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARÍA DEL HÁBITAT** (folio 171-180)

Mientras que la sociedad **CELPRO S.A.S.**, en liquidación, contestó el escrito inicial, oponiéndose a las suplicas de la demanda y enunciando que fue el empleador del demandante durante la vigencia del contrato de trabajo; además adujo que el trabajador no prestó los servicios en horario suplementario. Propuso las excepciones de pago, cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones pretendidas, entre otras.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2017, el Juzgado de origen admitió los escritos de defensa presentados por las demandadas (folio 301).

En audiencia celebrado el 19 de enero de 2018, el apoderado del demandante en uso de la palabra manifestó que desistía de la demanda en contra de la **ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARIA DE HABITAT**, requerimiento que fue aceptado por el Juzgado de origen.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 17º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 22 de junio de 2021, **DECLARÓ** no probadas las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo con LIME S.A. e inexistencia de las obligaciones demandada y cobro de lo no debido. **DECLARÓ** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las pretensiones reclamadas entre el 2 de marzo de 2007 y el 10 de agosto de 2011. **DECLARÓ** no prospera la tacha de sospecha realizadas sobre los testigos ARNULFO SILVA PARDO y OSCAR ORLANDO NAVARRETE RINCON. **DECLARÓ** que entre el demandante y la empresa LIME S.A. E.S.P como verdadero empleador, existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de marzo de 2007 al 13 de diciembre de 2012. **DECLARÓ** que la demandada CELULARIZACION Y PROCESO CELPRO S.A.S. en liquidación, sirvió como simple intermediaria en el contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad LIME S.A. y en consecuencia debe

responder de manera solidaria del pago de las acreencias laborales ordenadas a favor del demandante. **CONDENÓ** a LIME S.A. E.S.P y de manera solidaria CELPRO S.A.S a pagar al demandante la suma de \$4.552.555, por concepto de horas extras nocturnas. **CONDENÓ** a LIME S.A. E.S.P y de manera solidaria a CELPRO S.A.S en liquidación, al pago de la sanción moratoria la cual asciende a la suma de \$21.705.864 y a partir del 15 de diciembre de 2014, intereses moratorios hasta cuando sea cubierto el valor de las condenas impuestas en la sentencia. **ABSOLVIÓ** de las demás pretensiones y **CONDENÓ** en costas a las demandadas.

### **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA**

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante y demandada interpusieron recurso de apelación.

La parte accionante expuso que no debió declararse probada la excepción de prescripción, ya que el término trienal previsto en el estatuto procesal laboral, solo empezaba a contabilizarse desde la calenda en que terminó el vínculo laboral, por lo que entre esta fecha y aquella en que fue radicada la acción ordinaria, no transcurrió el periodo mencionado, máxime cuando el escrito inicial fue notificado dentro del año siguiente a la pasiva. Finalmente alegó que, dado que el salario percibido fue equivalente a un mínimo legal, procedía la aplicación del parágrafo 2 del artículo 65 del C.S.T.

Entre tanto LIME S.A. E.S.P., manifestó que, si bien el juez consideró que los objetos sociales de las compañías son similares y según declaración rendida por la representante legal, los parqueaderos y la base operación son de su propiedad, no por ello se debió declarar la existencia de contrato de trabajo con el demandante, ya que existió un acuerdo de carácter comercial con CELPRO S.A.S., sobre el cual no se efectuó un análisis y permitía determinar que la relación laboral con el actor se presentó con esta última compañía. Además, enunció que el hecho de que se hubiese implementado distintivos en los uniformes y en los vehículos entregados al accionante, ello obedeció al reglamento contractual para prestar el servicio público encomendado.

Así mismo adujo que no se configuraron los presupuestos enunciados en el artículo 267 del C.G.P., para dar aplicación a las consecuencias allí prevista, toda vez que los documentos solicitados no se encontraban en su poder. Adicionalmente manifestó que del registro petitionado no se podía probar el trabajo suplementario y que nunca actuó de mala fe, más cuando la condena por horas extras, se derivó de una presunción.

Finalmente, CELPRO S.A.S. señaló que fue el verdadero empleador del actor, que nunca actuó como simple intermediario, que celebró con LIME S.A., un contrato de carácter comercial, a través del cual se comprometió a prestar los servicios con personal a su cargo y bajo su responsabilidad, sin que existiera ningún tipo de solidaridad y que las acreencias que se causaban a favor del accionante era su responsabilidad, y así lo dejaron corroborado los testigos. Que si bien las funciones asignadas al señor HUERFANO ALFARO, se ejecutaron en vehículos que no eran necesariamente de LIME y en locales y con ciertos elementos de esta compañía, ello fue como consecuencia del contrato de prestación. Afirmó que no se demostró que los vehículos eran de LIME, ya que no se aportaron las tarjetas de propiedad y que esta sociedad hubiese asignado la jornada laboral, zonas o rutas de trabajo, por el contrario de la constancia laboral que emitió, se evidenciaba el poder disciplinario sobre el demandante.

Frente al trabajo suplementario, adujo que erró el juzgado de conocimiento en dar aplicación a lo establecido en el artículo 267 del C.G.P., ya que la documental en los términos solicitados no se encontraba en poder de LIME S.A. Advirtió que el trabajo por fuera del horario laboral, no se demostró de las declaraciones rendidas por los testigos, ya que no fueron compañeros de trabajo del accionante durante el tiempo que estuvo vigente la relación de este

Por ultimo adujo que su actuar no fue de mala fe, ya que pago la totalidad de prestaciones y acreencias laborales al actor y que debió declararse la tacha de sospecha sobre los testigos, ya que radicaron demandas en su contra, lo que genera que sus declaraciones se tergiversen.

### **CONSIDERACIONES**

El problema jurídico se centra en determinar: Si en aplicación del principio de la primacía de la realidad, hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la compañía LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A. y si como consecuencia de ello la sociedad CELPRO SAS, actuó como simple intermediaria. Así mismo, se estudiará lo relacionado con el pago del trabajo suplementario, indemnización moratoria y excepción de prescripción.

Sobre el particular, el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, consagra los elementos esenciales, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la continua subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento,

indica que *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

A lo que se agrega, que en forma pacífica la jurisprudencia de nuestro Tribunal de Cierre, ha indicado que la referida presunción legal, opera a favor del trabajador cuando este acredita la prestación personal del servicio, para que entonces se traslade al demandado, la carga de probar que el vínculo que mantuvo con el demandante no estuvo regido por un contrato de trabajo, y así lo ha señalado en las sentencias 39377 de 2011 y 72624 de 2021, al precisar:

*“En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”*

Adicionalmente, de vieja data la H. CSJ Sala Laboral ha enseñado que, en el evento de presentarse discordancia entre la realidad y lo que consignan los documentos, prevalece lo que sucede en el ámbito fáctico, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Al respecto, se puede consultar la sentencia radicado N° 22259 del 2 de agosto de 2004, criterio reiterado en la sentencia SL 4330 de 2020.

Atendiendo las precisiones realizadas y al aplicarlos al asunto de marras, encontramos según la certificación laboral que obra a folio 20 del expediente digital que, el señor JUAN DE JESÚS HUERFANO ALFARO, celebró un contrato de trabajo por obra a o labor determinada con la compañía CELPRO CELULARIZACION Y PROCESOS S.A.S., el que estuvo vigente desde el 2 de marzo de 2007 hasta el 13 de diciembre de 2012, tiempo durante el cual desempeñó el cargo de conductor, con un salario mensual de \$904.411.

Así mismo se probó que las sociedades CELPRO S.A.S y LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P., LIME S.A., suscribieron un contrato a través del cual la primera sociedad proporcionaba a la segunda, *“todos los servicios y/o bienes que este le requiera para la prestación del servicio público de aseo, quien los proveerá ya sea de forma directa o a través de terceros.”* Y que, en virtud del anterior acuerdo contractual, el demandante

desarrolló el cargo de conductor de camiones recolectores de basura, al quedar claro de las contestaciones de demanda.

Así las cosas, se tiene entonces que, de las pruebas enunciadas, el demandante celebró un contrato de trabajo con CELPRO S.A.S, y que, en virtud de un acuerdo comercial suscrito entre las dos entidades convocadas a juicio, el camión recolector que conducía el actor, salía de las instalaciones de LIME S.A., pero no por ello se debe considerar que esta última compañía fue su empleador, como pasa a verse:

El actor incorporó como únicas pruebas: **i)** certificación expedida por CELULARIZACION Y PROCESO SAS-CELPRO SAS EN LIQUIDACION, en la que se indica que prestó sus labores a dicha entidad, durante los extremos ya referenciados. **ii)** Reclamación efectuada el 15 de enero de 2014 a la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.-SECRETARIA DEL HABITAT-UNIDAD, a través de la cual peticionaba el pago de horas extras. **iii)** Planilla en la que relaciona las horas extras laboradas desde el 2 de marzo de 2007 hasta el 12 de diciembre de 2012. **iv)** Certificado de existencia y representación legal de las compañías LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P-LIME SA ESP y CELPRO SAS EN LIQUIDACION. **v)** Copias de algunas diligencias surtidas por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por EDGAR ALBARRACION MENDIVELSO contra las accionadas, así como de actuaciones realizadas dentro del proceso 036-3012-0007, promovido por OSCAR ORLANDO NAVARRETE

Por otra parte, peticionó como pruebas los testimonios de los señores ARNULFO SILVA y OSCAR ORLANDO NAVARRTE, quienes fueron compañeros de trabajo del actor. Sin embargo, las declaraciones rendidas por estos testigos no alcanzaron a materializar la prestación personal del servicio por parte del señor HUERFANO ALFARO a favor de LIME E.S.P. S.A., habida consideración que el señor SILVA, laboró en la compañía CELPRO S.A.S. desde el 2005 hasta abril 2008, es decir, que solo fueron compañeros por espacio de un año, tiempo durante el cual prestó sus servicios en la parte sur de la ciudad y el demandante en la parte norte -localidad SUBA-. Enunció que el vehículo era asignado por supervisores de LIME, de quienes recibían ordenes, pero al ser interrogado porque le constaban que esos supervisores pertenecían a la mencionada empresa, tan solo expresó: *“porque eran los jefes de nosotros.”* Así mismo, adujo que los vehículos pertenecían a LIMPIEZA METROPOLITANA S.A., porque tenían los logotipos de dicha sociedad. Afirmó que, la compañía que contrato al demandante lo fue CELPRO S.A.S., sociedad que además pagaba el salario.

Entre tanto OSCAR ORLANDO NAVARRETE, manifestó en su testimonio que fue compañero de trabajo del actor desde el 2007 al 2009, esto es, por espacio de dos años; que fueron contratados por CELPRO S.A.S., pero que desarrollaban sus actividades en LIME S.A.; que los supervisores, quienes estaban vinculados directamente por esta última compañía, les asignaban las rutas, el vehículo y les impartía órdenes, empero no recuerda los nombres de estos y solo tuvo conocimiento que los jefes eran contratados por LIME S.A., porque sus uniformes tenían el membrete de esta entidad *“porque todos los logotipos de los vehículos, de los overoles, de los uniformes de las chaquetas de los supervisores decían LIME”*, seguidamente expuso, frente a la pregunta porque le constaba que los supervisores, eran vinculados por LIMPIEZA METROPOLITANA: *“no sabría responderle esa pregunta, no sé qué tipo de contrato tendrían ellos, distinto al de nosotros los conductores, no sabría responder esa pregunta, pues yo creo que trabajaban para LIME”*

Adicionalmente, el actor invocó como material probatorio *“copia auténtica de la declaración rendida por la representante legal de la Empresa LIME S.A. E.S.P, la Sr. (sic) SANDRA PATRICIA MANTILLA dentro del proceso 2012-007 de OSCAR ORLANDO NAVARRETE contra LIME S.A. E.S.P. con NIT 830123461-1 adelantado en el juzgado 36 laboral del circuito de Bogotá, en la cual la mencionada reconoce de manera expresa que en poder de LIME S.A. E.S.P. Se encuentran las planillas en la que queda el registro de horario de entrada y de salida de los camiones recolectores, así como el nombre del conductor.”* Prueba que fue decretada por el juzgado de conocimiento.

Sin embargo, al escuchar la declaración de quien fungía en dicho proceso, como representante legal, esta adujo frente a la pregunta *“LIME conserva un control y salida de registro del vehículo”*, contestó: *“sí es cierto”* y seguidamente indicó que dicho reporte no contenía el nombre del conductor y que no estaba segura de los datos que describía el mencionado documento; empero, de este medio de prueba no se puede derivar la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor de LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A.

Así mismo, nótese como el demandante en el escrito de demanda como en la reforma aduce los siguientes supuestos facticos: i) que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PUBLICOS-UAESP, suscribió contrato con la Empresa LIME S.A. E.S.P, ii) que estuvo al servicio de la empresa LIME S.A E.S.P. iii) que la actividad la inicio el 2 de marzo de 2007 y finalizó el 13 de diciembre de 2012. Iv) que la UAESP fue beneficiario de la labor desarrollada. V) que la actividad desarrollada fue la de conductor de los camiones recolectores de basura. Vi) que algunos camiones los tenía LIME S.A. en virtud

de un contrato de LEASING con la UAESP y otros vehículos eran de propiedad de la mencionada entidad. Seguidamente expresó: i) que CELPRO SAS celebró contrato con LIME S.A. ii) que concurren los tres elementos del contrato de trabajo iii) y que durante la ejecución de la actividad su jornada excedió las 10 horas; no obstante del anterior relato, no queda claro las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que supuestamente el accionante prestó sus servicios en LIME S.A., ya que señala que lo fue en las instalaciones de la UAESP, pero también de LIME S.A., aunado a que hace referencias a unos contratos comerciales suscritos entre estas dos entidades y entre LIME S.A. y CELPRO S.A.S, es decir, no queda claro en que entidad prestó sus servicios desde marzo de 2007 a diciembre de 2012.

En este orden de ideas, al estudiar la totalidad de pruebas ya reseñadas, se concluye que entre el demandante y la sociedad LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A., no existió una relación de trabajo subordinado, ya que la prestación del servicio como "CONDUCTOR" se dio en virtud del contrato comercial, suscrito entre LIME S.A. y CELPRO S.A.S, sociedad esta última de la cual tenía la calidad de trabajador, presupuesto que a todas luces permiten concluir que al evidenciarse la prestación del servicio por parte del demandante a favor de la accionada CELPRO S.A.S, en instalaciones de LIME SA, en virtud de la oferta mercantil, no se configuró la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T., a favor de esta última entidad.

Aunado a que, el actor pretendió derivar esa prestación personal del servicio a favor de LIME S.A., argumentando que los vehículos eran de propiedad de esta sociedad, sin embargo, nótese como el demandante en el libelo inicial indica que algunos camiones los poseía la mentada empresa en virtud del contrato de leasing suscrito con la UAESP, mientras que en otros fungía como propietaria, sin tener certeza si el vehículo que le fue asignado lo fue de la compañía LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. Sumado a lo anterior, de las declaraciones de los testigos no podemos tampoco derivar el presupuesto en mención, pues además de que solo fueron compañeros de trabajo del actor por espacio de un año o dos años respectivamente, en relación con las ordenes impartidas al actor, se basaron en suposiciones ya que dedujeron que los supervisores eran contratados por LIME, porque sus dotaciones tenían el membrete de esta sociedad y porque eran sus jefes, máxime cuando los declarante al unísono aseguraron que el demandante fue contratado por CELPRO S.A., que era la entidad que les pagaba los salarios y demás acreencias laborales.

Mientras que, de la prueba trasladada, ningún relato se hizo del demandante, para poder derivar de la declaración rendida por la representante legal de LIME S.A., en el proceso

036-2012-007, que el señor HUERFANO ALFARO prestó sus servicios de manera subordinada a esta compañía.

Así mismo, no podemos derivar esa prestación personal del servicio, de los objetos sociales desarrollados por las accionadas, pues si bien son similares, por este solo hecho no se da por probado el requisito en mención.

Las razones expuestas, conllevan a establecer tal como ya se indicó, que no es posible derivar la existencia de una relación de trabajo subordinada y dependiente con LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A. y que CELPRO S.A.S., actuó como simple intermediaria; por lo que se habrá de REVOCAR en este aspecto la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar que el empleador del demandante lo fue CELPRO S.A.S.

## **HORAS EXTRAS NOCTURNAS**

Tenemos entonces que, los artículos 158 y 161 del CST disponen que la jornada ordinaria es la que pactan las partes y a falta de ello la máxima legal de 8 horas diarias y 48 horas semanales. En relación a las horas extras de trabajo, son las que exceden la jornada ordinaria y en todo caso la máxima legal, sin que sobrepasen de dos (2) horas diarias y doce (12) semanales.

Así mismo, el art.162 ibidem, previo la excepción a la regulación sobre la jornada máxima legal, para aquellos trabajadores que desempeñen cargos de dirección, confianza o manejo; servicios domésticos y los que ejerciten labores discontinuas o intermitentes, vigilancia, cuando residan en el lugar o sitio de trabajo.

En el sub examine, el actor sustenta las pretensiones de trabajo suplementario, en que su jornada se extendía por más de 10 horas., la cual iniciaba a las seis de la tarde y se prolongaba mas de la cuatro de la mañana.

Ahora, para que se produzca una condena por trabajo suplementario la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación ha sido enfática en afirmar que cuando se reclama el pago de horas extras, dominicales y festivos, el trabajador debe probar que efectivamente las ha ejecutado y se debe ubicar el periodo que se demanda, teniendo que ser precisas y claras -Sentencia rad. 31637 de 2008, rad. 47568 de 2015 y 47044 de 2017-:

*“las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna*

*acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”. Lo anterior, por cuanto en términos de la misma corporación “como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas”*

Para lograr este cometido, el demandante solicitó se escucharan los testimonios de Arnulfo Silva y Oscar Orlando Navarrete, el primero de los testigos mencionados, expuso frente al horario del demandante: *“ese horario era tanto para el como para mí, ingresábamos a la seis de la tarde era el ingreso, la hora de salida si 5, 6, 7 de la mañana, en ese entonces salíamos muy tarde.”* Seguidamente expuso: *“no, ese horario de ocho horas no existe, el ingreso de 6 de la tarde, hasta terminar su zona”.* Exponiendo finalmente que ello le consta, por la comunicación que establecían y además porque se encontraban en la empresa, para tomar tinto: *“la comunicación global de la empresa, los radios, él sabía, que eran la cinco de la mañana y él sabía que yo estaba aquí en el sur y eran las seis de la mañana y yo sabía que estaba en el norte, la comunicación de la empresa, nos esperábamos en la empresa, para tomar tinto.”*

Entre tanto el testigo NAVARRETE afirmó frente al horario asignado al actor: *“la hora de salida era fija, a la seis de la tarde, pero era hasta que se terminara de recoger la última bolsa de la ruta, pero casi siempre era después de las 4 de la mañana; 4, 5, 6,7 de la mañana, no teníamos un horario fijo de salida”*

Adicionalmente, el actor solicitó como prueba las planillas de control de automotores, a través de las cuales se registraba la hora de entrada y salida de los camiones recolectores con su número de placa, conductor, la tripulación y el estado del vehículo, requerimiento al que accedió el juzgado, mediante auto dictado en la audiencia celebrada el 19 de enero de 2018.

Así mismo, el A-quo consideró que, al no cumplir la pasiva con la aportación de los documentos requeridos, había lugar aplicar la sanción prevista en el artículo 267 del C.G.P, esto es, tener por cierto los hechos que se pretendían demostrar a través de dichos registros y que para el efecto se referían a que el actor laboró entre el 2 de marzo de 2007 y el 13 de diciembre de 2012, que su jornada de trabajo contempló un total de 2 horas extras nocturnas de lunes a sábados y que el trabajo suplementario no le fue reconocido por el empleador.

La anterior decisión en su momento fue objeto del recurso de reposición, el que fue resuelto de manera negativa a los intereses de la pasiva, por lo que, quedando en firme, surtió los efectos de cosa juzgada, tornándose imposible a través de la resolución del recurso de apelación de la sentencia, realizar un nuevo pronunciamiento al respecto.

No obstante, se considera por parte de esta Sala de Decisión que, aún teniéndose por probado los hechos mencionados y las declaraciones rendidas por los testigos, no es posible acceder a la suplica de horas extras, habida consideración que resultaba previo a ello, establecer la jornada laboral, esto es, si fue ordinaria o la máxima legal, para así concluir que excedió la misma, máxime cuando según certificación expedida por CELPRO S.A.S. la asignación mensual excedía del salario mínimo.

Ahora si bien, el juez tuvo por cierto que el demandante laboró dos horas extras nocturnas de lunes a sábado, era necesario acreditar que dicha circunstancia se presentó durante toda la relación laboral, mas cuando el demandante aportó junto con el escrito de demanda una reclamación efectuada a la ALCALDIA DE BOGOTA, solicitando el reconocimiento y pago del trabajo suplementario, relacionando las horas extras laboradas, lo que indica que las supuestas horas que excedieron la jornada del demandante no se presentó con ocasión al contrato comercial que suscribieron las entidades aquí demandadas -CELPRO S.A.S y LIME S.A.- *“me permito solicitar el pago de las horas extras generadas por mi representado, durante el periodo comprendido entre el 02 de MARZO de 2007 hasta el 13 de DICIEMBRE de 2012, a razón de 2 horas extras nocturnas de lunes a sábado, así como la respectiva indemnización moratoria a que se refiere el Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La acción respectiva de dirigirá solidariamente en contra de esa Entidad por cuanto la misma era beneficiario del servicio prestado por mi poderdante en tanto este fungía como trabajador de LIMEZ S.A E.S.P., quien a su vez desarrollo actividades que correspondían a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PUBLICOS.”*

Sumado a lo anterior, en el cuadro elaborado por el actor, a través del cual relata las supuestas horas extras trabajadas, describe que el domingo era el día de descanso, pero ningún documento avala que su trabajo lo debía desarrollar de lunes a viernes, en un horario que comprendía un total de ocho horas, más cuando los testigos durante el tiempo que compartieron con el demandante como compañeros de trabajo, indicaron que el horario de salida del actor era a las 4, 5, 6 o 7 de la mañana, nótese que no se sabe con certeza la jornada, si el trabajo complementario ocurrió todos los días y si al menos laboraba dos horas extras.

En este orden de ideas, al no existir documento alguno que demuestre los días que efectiva y realmente laboró el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios trabajados, no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, sin que se dable suponer el número de horas extras nocturnas, por lo que se absolverá de esta pretensión y como consecuencia de la indemnización moratoria, en la medida que esta condena se derivaba de la prosperidad de la súplica relacionada con trabajo suplementario.

Así las cosas, dado que la sentencia debe ser revocada, en el sentido de **ABSOLVER** a las demandadas de las pretensiones invocada en el escrito inicial, resulta innecesario estudiar o realizar un pronunciamiento frente al recurso de apelación del demandante, relacionado con la excepción de prescripción y la cuantía de la indemnización moratoria.

**COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia, las de la primera se revocan y se imponen al demandante.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 22 de junio de 2021, por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a las sociedades CELPRO S.A.S y LIME S.A., de las pretensiones planteadas en el escrito inicial, conforme se expuso.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia, las de la primera a cargo del demandante.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
(Rad. 11001310501720140049901)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**  
(Rad. 11001310501720140049901)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**  
(Rad. 11001310501720140049901)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 29-2021-00247-01**

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

DEMANDANTE: **SANTIAGO MORENO OTERO**  
DEMANDADOS: **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES  
NACIONALES DE COLOMBIA**  
ASUNTO : **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado por la entidad demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La entidad demandada presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 1 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor SANTIAGO MORENO OTERO instauró demanda ordinaria laboral contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, como aparece a folios 28 a 37 del archivo 001 del expediente digital y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls. 23 a 32 del archivo 005 del expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARACIÓN:**

- 1) **DECLARAR** que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, es la entidad obligada al pago de la pensión causada por el señor SANTIAGO MORENO OTERO, por el tiempo laborado en la extinta empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

#### **CONDENATORIAS:**

- 2) **CONDENAR** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor del señor SANTIAGO MORENO OTERO, la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación que le fue otorgada, sobre el promedio real mensual devengado en el último año de servicio (01 de abril de 1991 al 30 de marzo de 1992) equivalente a \$227.756,56, a partir del 24 de julio de 2017 fecha de disfrute efectivo de la pensión, con los respectivos reajustes.
- 3) **CONDENAR** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, reconocer y pagar a favor del señor SANTIAGO MORENO OTERO el valor de todas y cada una de las diferencias pensionales causadas como consecuencia de la reliquidación de la primera mesada pensional, incluyendo las diferencias sobre las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada año, desde la fecha de causación hasta la fecha en que se incluya en nómina.
- 4) Que se condene extra y ultra petita
- 5) Y las costas procesales.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** contestó la demanda (fl 2 a 7 archivo 009 del expediente digital), de acuerdo al auto dictado el 9 de noviembre de 2021, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito.

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 29 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 2 de mayo de 2022. **CONDENÓ** al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES

NACIONALES DE COLOMBIA a reliquidar la mesada pensional que venía recibiendo el demandante, teniendo como mesada pensional para julio de 2017 la suma \$1.067.600 y que para el 2022 corresponde a \$1.257.864,88; **CONDENÓ** a la entidad demandada a pagar al actor el retroactivo de las diferencias causadas de las mesadas pensionales, desde julio de 2017 y hasta que sea incluido en nómina la diferencia de la mesada; **CONDENÓ** en costas a la demandada; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, Solicitando que sea revocada, teniendo en cuenta que la demandada liquidó y pagó la pensión proporcional de jubilación que devenga el demandante conforme lo dispone el artículo 8 de la ley 171 de 1991, situación que aseguró fue corroborada por la entidad con posterioridad y fue informada a su apoderada mediante memorando de radicado No 243 del 14 de diciembre de 2021.

En atención a que la sentencia fue adversa al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la Sala avocará también su conocimiento en el *grado jurisdiccional de Consulta* de conformidad con lo preceptuado en el artículo 69 del CPTSS.

### **CONSIDERACIONES**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí le asiste el derecho al señor SANTIAGO MORENO OTERO a reliquidar la pensión proporcional de jubilación que le fue reconocida por parte de FONDO DE PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

#### **STATUS DE PENSIONADO:**

Sea lo primero señalar que no constituye objeto de controversia en esta instancia que al señor SANTIAGO MORENO OTERO, le fue reconocida por parte de la demandada, una pensión proporcional de jubilación mediante la Resolución No. 1165 del 5 de julio de 2018, en cuantía inicial de \$935.051,01 debidamente indexada a partir del 24 de

julio de 2017, fecha en que cumplió los 60 años de edad (fls. 9-12 del archivo 005 del expediente digital)

En el citado acto administrativo, se enunció que la prestación se reconocía con fundamento en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, por haber laborado para los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, desde el 1 de agosto de 1979 hasta el 30 de marzo de 1992, para un total de 12 años, 04 meses y 22 días y fue desvinculado por supresión del cargo desempeñado. Además, que la primera mesada pensional equivalente a \$935.051,01, surge de aplicar un porcentaje de 49.58% al salario mensual que actualizado al 2017 equivalía a \$1.886.028,48

### **RELIQUIDACIÓN PENSIONAL.**

El Art. 8 de la Ley 171 de 1961, prevé que el trabajador que **sin justa causa fuera despedido, después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos 60 años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.**

Con respecto al ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 indica: *“la cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”.*

Sobre el tema, en principio la Sala Laboral de la CSJ, en la sentencia No. SL 878 de 2020, ha indicado:

*“la pensión plena de jubilación que le hubiera correspondido recibir, de haber cumplido las exigencias legales sería la establecida en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sin hesitación ninguna, necesaria y rigurosamente se debe echar mano del artículo 1° de la Ley 62 de 1985, que expresamente preceptúa que «las pensiones de los empleados*

*oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes», sin que con ello se viole el postulado de inescindibilidad, pues este último precepto al modificar aquél, hace parte del mismo, por lo que era imperativa su aplicación por parte del Tribunal.*

*Aunado a lo precedente, es menester precisar que el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, es una norma rígidamente taxativa (numerus clausus) por lo tanto de interpretación restrictiva, y siendo lo anterior así, como efectivamente lo es, no se abre paso la posibilidad de estimar otros factores salariales, pues, a las claras, planteamiento diferente iría más allá de la voluntad del legislador, quien determinó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base. De manera que si el legislador hubiese querido que estuviesen más factores salariales así lo hubiere plasmado en la ley; no hay que soslayar que «cuando el legislador lo quiere lo dice, si no lo quiera calla».*

*Por lo discurrido, no resultaba viable aplicar para el presente asunto, los Decretos 1042 y 1045 de 1978, sino, insístase, la Ley 62 de 1985 en la medida que es la disposición que establece los factores salariales a tener en cuenta para conformar el ingreso base de liquidación.»*

De suerte que al liquidar dicha prestación se debe acudir entonces a lo establecido por la Ley 62 de 1985, esto es, asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio, descartándose otros factores.

Por lo tanto, al verificar los desprendibles de nómina que obran a folios 91 a 115 del archivo 009 del expediente digital, los únicos factores que se deben incluir en la liquidación, al tener la connotación salarial serían los denominados “ordinarios”, “prima serv proproc”, “retroactividsueldos”, “prima servicio”, “prima ant”, debiéndose excluir los restantes al no estar contemplados en la normativa citada, que equivalen a \$2.179.618,79 del último año, para un promedio mensual de \$181.634,90, cifra inferior a la acogida por la entidad llamada a juicio, la cual fue de \$196.537 (fl 13 archivo 001 expediente digital)

Ahora, si computamos los valores que reporta la certificación de salarios devengados en el último año laborado No 771 expedida por la demandada, visible a fl 85 del archivo 009 del expediente digital, por concepto de salario básico, prima servicio, reliquidación prima, prima de antigüedad, y retroactivos sueldos, se obtuvo un valor de \$2.051.849,86, durante el último año de laborales, para un promedio mensual de \$170.987,49, suma que sigue siendo inferior a la adoptada por la pasiva.

Finalmente, obra a folio 8 del archivo 001 del expediente digital la Forma P 20, mediante la cual la demandada liquidó las cesantías definitivas e indemnización al demandante a su salida de la entidad, y pese a ser la prueba en la cual la parte actora fundó su solicitud de reliquidación, al realizarse las operaciones aritméticas conforme a los salarios y primas certificados en la misma, se obtiene un valor de \$2.167.707,86 devengados durante el último año de laborales, para un promedio mensual de \$180.642,32, suma que igualmente no supera la tenida en cuenta por la demandada al liquidar la prestación pensional, liquidaciones todas que serán incorporadas a esta decisión.

En esa medida, se halla razón al recurrente respecto a que no hay lugar acceder a la reliquidación pretendida, en la medida que el actor, no logró demostrar que hubiese percibido sumas superiores a las acogidas por la entidad demandada, para la liquidación del beneficio pensional y que se tratará de factores salariales incluidos o regulados por la Ley 62 de 1985.

En ese orden de ideas, resulta evidente, que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, luego se **REVOCA** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor SANTIAGO MORENO OTERO.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia, las de la primera a cargo del demandante SANTIAGO MORENO OTERO y a favor de la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 2 de mayo de 2022 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor SANTIAGO MORENO OTERO.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Las de la primera instancia a cargo del demandante SANTIAGO MORENO OTERO y a favor de la demandada FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502920210024701)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310502920210024701)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502920210024701)

[29-2021-00247-01](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 019-2016-000171-01**

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

**DEMANDANTE: RICARDO LOPEZ RODRIGUEZ**  
**DEMANDADO: COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASESICOOP Y LAMYFLEX S.A.**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegaciones, pese a lo ordenado en auto del 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor RICARDO LÓPEZ RODRIGUEZ, instauró demanda ordinaria laboral contra la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASESICOOP y la sociedad LAMYFLEX S.A., debidamente sustentada como aparece de folio 3-12 del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **DECLARATIVAS PRINCIPALES:**

1. **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo, con las entidades demandadas, vigente entre el 29 de enero de 2009 y el 24 de junio de 2011.
2. **DECLARAR** que las accionadas dieron por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa.

### **CONDENAS PRINCIPALES.**

1. **CONDENAR** a las demandadas al pago de las cesantías junto con los intereses, primas de servicios y vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral o *“lo que se demuestre en juicio.”*
2. **CONDENAR** al pago de sanción por no consignación de las cesantías.
3. **CONDENAR** al pago de las prestaciones económicas y asistenciales establecidas en el Decreto Ley 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002.
4. **CONDENAR** al pago de la indemnización por terminación del contrato de manera unilateral y sin justa causa, por parte del empleador.
5. **CONDENAR** al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.
6. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

La sociedad LAMYFLEX S.A., contestó demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que el demandante no fue trabajador directo de la compañía, sino que prestó sus servicios por intermedio de la cooperativa llamada a juicio. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones, falta de legitimación por pasiva y buena fe (folio 81-87).

Mientras que la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASESICOOP, contestó el escrito inicial a través de curador ad-litem, que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que, según las pruebas aportadas, no existió contrato de carácter laboral entre la entidad que representa y el actor (folios 149)

Mediante autos del 6 de febrero de 2017 y 04 de abril de 2018 respectivamente, el Juzgado de origen admitió los escritos de defensa presentados por los demandados (folio 128-154).

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 19º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 23 de abril de 2021, **DECLARÓ** que entre RICARDO LOPEZ RODRIGUEZ y la sociedad LAMYFLEX S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos se dieron entre el 29 de enero de 2009 y el 30 de junio de 2011, devengando como último salario la suma de \$1.225.000. **CONDENÓ** a la demanda LAMYFLEX y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASESICOOP, a pagar la siguiente sumas y conceptos:

-AUXILIO DE CESANTIAS: \$2.967.222

-INTERESES SPBRE LAS CESANTIAS: \$862.473

-PRIMAS DE SERVICIOS: \$115.694.

-VACACIONES: \$670.347

-INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: \$2.386.481.48

--SANCIÓN POR NO CONSIGNACION DE CESANTIAS: \$1.347.489

Así mismo **CONDENÓ** a la demandada LAMYFLEX y solidariamente a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO ASESICOOP, a cancelar la sanción enunciada en el artículo 65 del C.S.T, equivalente a un día de salario -\$40.833- y hasta que se verifique el pago de las acreencias laborales.

## RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANDA

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada -LAMYFLEX S.A.- interpuso recurso de apelación, insistiendo que no celebró, ni suscribió contrato de trabajo con el actor, que tan solo existió un acuerdo de prestación de servicios con la cooperativa de trabajado asociado, que fue la encargada de pagar los salarios al accionante. Aseguró que de los desprendibles que obran dentro del plenario, es posible determinar la calidad de asociado que ostentó el señor LOPEZ RODRIGUEZ, dentro de ASESICOOP, por lo que a su juicio es la que debe responder por las condenas impartidas. Indicó que la Ley 1233 de 2008 autoriza a las cooperativas para contratar con terceros, siendo aquellas las que responden frente a sus asociados.

Adujo que no resulta justo condenar a la entidad que compareció al juicio y exonerar de dicha responsabilidad a la cooperativa ante su ausencia, más cuando su

comparecencia resultaba necesaria para establecer el tipo de vinculación que sostuvo con el demandante.

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: Si en aplicación del principio de la primacía de la realidad, hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la compañía LAMYFLEX S.A.

En el presente asunto no existe discusión que el demandante dada la calidad de asociado de la Cooperativa ASESCOOP, prestó sus servicios en la compañía LAMYFLEX S.A., desde el 29 de enero de 2009 hasta el 30 de junio de 2011, en el cargo de administrador del sistema de calidad en salud ocupacional y gestor del sistema ambiental, al aceptarlo así la sociedad en el escrito de contestación.

Así mismo, el Juzgado de Primera instancia consideró que en la realidad existió un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad LAMYFLEX S.A., en tanto la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, fue tan solo un intermediario que ocultó su calidad, por lo que debía responder solidariamente.

Luego de lo anterior, entiende esta Sala de Decisión, que tal como ya se precisó al plantear el problema jurídico, el mismo se contrae a determinar la modalidad de la vinculación bajo la cual el demandante prestó sus servicios personales a la compañía LAMYFLEX S.A., ya que no existe discusión frente a la actividad desarrollada, ni del lugar de ejecución, ni de los extremos temporales en los cuales se efectuó.

Así, el convenio de asociación encuentra pleno reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico, es así que existe legislación que permite el funcionamiento de esta clase de entidades sin ánimo de lucro, donde los aportantes de capital son al mismo tiempo los trabajadores y gestores de la empresa, lo que significa que el trabajo de la cooperativa está preferentemente a cargo de los propios asociados, quienes optan por trabajar en forma análoga y concurrente para un propósito cooperativo, ejerciéndose además la condición de socio, en procura de obtener un beneficio distinto al ingreso salarial o prestacional característico de las relaciones laborales o de trabajo.

El acuerdo cooperativo y el régimen de trabajo de esas Cooperativas de Trabajo Asociado tiene como marco para su desarrollo la Ley 79 de 1988, que aparece reglamentada entre otras disposiciones por los Decretos 1333 de 1989, 0468, 3081 de 1990, por el Decreto 4588 de 2006, Ley 1233 de 2008, Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011.

Los artículos 9 y 10 del Decreto 0468 de 1990, establecen:

*“Las cooperativas de trabajo asociado, de conformidad con la ley, regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo, de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados conforme se establezca”.*

A su vez, el artículo 3 del Decreto 4588 de 2006, establece que las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.*

De la normatividad señalada, se concluye que las cooperativas de trabajo asociado deben realizar su objeto social de manera directa a través de sus asociados, salvo las excepciones autorizadas por ley, y puede ser encaminado a la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, pues dicho ente tiene como finalidad ser autogestionario y sus asociados tienen la doble connotación de trabajadores y gestores de la misma; además el legislador ha distinguido las actividades desarrolladas por las cooperativas de trabajo asociado, y de manera particular de las Empresas de Servicios Temporales, precisando que las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden actuar como intermediarios laborales enviando trabajadores en misión pues se desnaturaliza la actividad empresarial de aquella, tal y como se desprende de los artículos 16 y 17 del aludido Decreto 4588 de 2006, que a su tenor disponen:

*“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo*

*Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo”.*

*“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”.*

*Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado.*

Aunado a lo anterior, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que si bien la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada (sentencias del 06 de diciembre de 2006, Rad. 25713; SL6441-2015 y SL1430 de 2018):

*“(…) no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral”.*

Realizadas las anteriores precisiones y al aplicarla al presente asunto, encontramos según el material probatorio aportado que entre la COOPERATIVA ASESICOOP CTA y LAMYFLEX S.A., se suscribió un contrato de prestación de servicio, donde la primera figuraba como contratista y la sociedad como contratante, dejándose estipulado como objeto el siguiente: *“el presente Contrato tendrá por objeto la PRESTACION DE SERVICIOS DE ELABORACION DE PRODUCTOS TERMO FORMADOS, PLASTIFICACION, ASEO, REPARACIONES GENERALES, AUDITORIAS EN CALIDAD, CONTROL DE INVENTARIOS Y SERVICIOS DE DIGITALIZACION CONTABLE, así como todas las demás conexas y complementarias de las anteriores que se pacten con el CONTRATANTE mediante acuerdos de servicio y que estén destinadas a desarrollar los objetivos generales y específicos aquí enunciados. El CONTRATISTA prestara los servicios establecidos en el presente Contrato, bajo condiciones de excelente calidad, diligencia, cumplimiento y garantía a través de trabajadores asociados a LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, los cuales no se encuentran sujetos al régimen laboral ordinario en cumplimiento al artículo 59 de la Ley 79 de 1988”* (folio 90).

De lo anterior se logra determinar, que aun cuando no se allegó el contrato suscrito entre el demandante y la Cooperativa, se entiende que estuvo vinculado mediante un acuerdo asociativo y que en atención al contrato de carácter comercial celebrado entre las demandadas, el actor prestó sus servicios en la sociedad LAMYFLEX S.A., labor que según este último acuerdo podía ser ejecutado por intermedio de los trabajadores asociados con *“completa autonomía técnica y directiva en la ejecución y prestación de los servicios contratados”* (folio 92)

Así las cosas, pese a que se estipuló en el acuerdo comercial, que el CONTRATISTA, esto es, la COOPERATIVA ASESICOOP, tenía plena autonomía para el desarrollo del objeto y que los trabajadores asociados no se encontraban sujetos al régimen laboral, en la realidad ello no sucedió, habida consideración que el acervo probatorio da cuenta que en la realidad quien fungió como verdadero empleador lo fue la compañía LAMYFLEX S.A., al impartir órdenes y subordinación sobre el accionante, como pasa a verse:

-El 15 de diciembre de 2009, la Gerente de LAMYFLEX S.A., expidió un oficio en el que le informaron al demandante que se le concedían vacaciones: *“nos permitimos*

*informarle que la empresa le concede vacaciones (...) Primer día de descanso: 28 de diciembre de 2009 (...) Primer día de trabajo: 4 de enero de 2010”*

-Se incorporó el Manual de funciones del cargo de Administrador de Calidad, elaborado por la demandada LAMYFLEX S.A., actividad que desempeñó el actor, según da cuenta la constancia elaborada por esta compañía, a través del cual se puede observar que entre las funciones a desarrollar se encontraban *-documento no desconocido por la pasiva-*:

- Proponer ante la Gerencia General acciones de mejoramiento continuo para el sistema de calidad.
- Coordinación de actividades para el desarrollo de fichas técnicas de cada etapa del proceso por cada referencia.
- Colaborar con la elaboración de la política y objetivos de la calidad de la organización.

Luego lo anterior, permite concluir que LAMYFLEX S.A., era quien asignaba las funciones del actor, entre las cuales se encontraba proponer ante el gerente de la mencionada compañía y no de la cooperativa, acciones de mejoramiento en el sistema de calidad, así como políticas para optimizar la organización, no cumpliéndose el objeto para el cual fue contratada ASESCOOP, dentro del contrato mercantil, por lo que se establece que el accionante nunca tuvo la calidad de trabajador asociado de la cooperativa accionada.

-Adicionalmente fue LAMYFLEX S.A., que dio por terminado el vínculo del actor, lo que descarta a todas luces lo estipulado en el contrato comercial, esto es, que la cooperativa ejecutaría el objeto pactado con *“completa autonomía técnica y directiva en la ejecución y prestación de los servicios contratados”*, más cuando la justificación obedeció a factores internos de la precitada compañía: *“por medio del presente me permito informarle que se ha tomado la decisión de cancelar el contrato de trabajo en este departamento, a partir del 30 de junio de 2011, ya que por carencia y reducción de costos administrativos no se justifica este cargo de Administrador del Sistema de Calidad en la Compañía, y se ha dispuesto que una sola persona con otro cargo tome también esta responsabilidad, ya que solo requiere de retroalimentación, no es grato para nosotros este tipo de comunicaciones pero muy a pesar toca tomar esas decisiones empresarialmente”* (folio 61).

-Por otra parte, la entidad que elaboraba las certificaciones laborales, era LAMYFLEX S.A., como se evidencia del documento que obra a folio 22 del plenario, en la que además calificó la labor del actor *“durante este tiempo su desempeño fue excelente”* e informó que cualquier información adicional sería atendida *“Cualquier información adicional gustosamente la atenderemos telefónicamente.”* (folio 102)

-Sumado a lo anterior, se escuchó la declaración de la Representante Legal de LAMYFLEX S.A., quien contestó afirmativamente la pregunta referente a que el demandante prestó sus servicios en dicha sociedad y con los elementos que esta le proporcionaba. Frente a las actividades desarrolladas por el actor, manifestó: *“él tenía las funciones de, nosotros estamos certificados en ISO desde el año 2000, y él era el encargado de manejar ese sistema de los manuales instructivos y procedimientos de la compañía”*. Indicó que el demandante cumplió un horario de lunes a viernes de 7:30 a 5:30, que no había personal de Asescoop que dirigiera las funciones ejecutadas por el trabajador y que despido del señor López Rodríguez obedeció: *“porque nosotros en ese momento teníamos un administrador del sistema de calidad y un muchacho de aseguramiento de calidad y lo que hicimos fue fusionar los dos cargos y dejar a una sola persona que fue Juan Carlos a cargo de las dos funciones, nosotros eliminamos prácticamente, hoy en día desde la salida de Ricardo no tenemos administrador del sistema de calidad, esta fusionado con otro y ahora se llama coordinador de calidad.”*

Del interrogatorio absuelto por la pasiva, se establece aún más que el verdadero empleador lo fue LAMYFLEX S.A., ya que fue la entidad encargada de asignarle horario al accionante, además el trabajo del señor López Rodríguez, nunca estuvo dirigido por la cooperativa, ya que no había personal en la empresa para supervisar su actividad, que el despido obedeció por decisión de la citada compañía, que las funciones ejecutadas por el trabajador, correspondía al giro ordinario de la entidad, según se evidencia del certificado de existencia y representación legal que obra a folio 114 y desarrolladas con elementos suministrados por esta sociedad y asignadas por la sociedad.

-Igualmente se escucharon las declaraciones de Humberto León, quien no conoció al demandante, ya que ingreso a la laborar para sociedad llamada a juicio, en febrero de 2012, mientras el testigo Gregorio Agudelo Corredor, manifestó ser contador de la LAMYFLEX S.A., dejando claro que quien pagaba la remuneración del señor LÓPEZ RODRÍGUEZ, lo fue ASESCOOP.

Así las cosas, pese a que de las manifestaciones realizadas por los testigos, se pudo determinar que el pago de las supuestas compensaciones asignadas al actor eran efectuada por ASESICOOP, previa facturación que realizaba ante LAMYFLEX S.A., ello no alcanzó a desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T., en la medida que de las pruebas documentales y de las afirmaciones realizadas por la Representante Legal de la compañía accionada, se dejó claro que LAMYFLEX S.A., al impartir ordenes, instrucciones, subordinación, suministrar elementos de trabajo y asignar funciones al actor, fue la entidad empleadora.

Por lo tanto los argumentos expuestos resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia que declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el señor RICARDO LÓPEZ RODRÍGUEZ y la sociedad LAMYFLEX S.A., fungiendo la COOPERATIVA ASESICOOP, como simple intermediario, sin que en esta instancia se pueda entrar a modificar las condenas impuestas, ya que además de que no fue objeto de controversia, no se refuto ni el salario, ni los extremos temporales de la relación, como tampoco la declaratoria parcial del medio exceptivo de la prescripción.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso a la demandada LAMYFLEX S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor del actor; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado 19º Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada -LAMYFLEX S.A.- y a favor del accionante. Fíjense como agencias en derecho la

suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

(Rad. 11001310501920160017101)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310501920160017101)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501920160017101)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 17-2019-00676-01**

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

DEMANDANTE: **MARÍA TERESA TOVAR ROJAS**

DEMANDADO: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES**

ASUNTO: **CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada-COLPENSIONES- en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados del demandante y la demandada COLPENSIONES presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 1 de junio 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora MARÍA TERESA TOVAR ROJAS instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, como aparece a folios 2 a 12 del archivo pdf denominado “2019-676” del expediente digital, y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls. 41 a 48 del archivo pdf denominado “2019-676” del

expediente digital) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. **DECLARAR** valido y ejecutoriado, el dictamen del día 8 de noviembre de 2017, con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 54%, con fecha de estructuración 26 de septiembre de 2017 y calificación de origen común emitido por UT-MEDICOLSALUD EPS del régimen especial magisterio.
2. **DECLARAR** que la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral es la misma fecha del concepto emitido por MEDICOLSALUD, en el cual establece el 26 de septiembre de 2017.
3. **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de invalidez a favor de la demandante teniendo en cuenta que fue calificada con un 54% de pérdida de capacidad laboral.
4. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar el retroactivo causado por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas e intereses moratorios desde la fecha de estructuración hasta que sean efectivamente pagadas
5. Que se condene extra y ultra petita
6. Y las costas procesales.

**COLPENSIONES** contestó la demanda (fls. 54 a 61 del archivo pdf denominado "2019-676" del expediente digital), de acuerdo al auto de fecha 2 de febrero de 2021, oponiéndose a las pretensiones del demandante y propone excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 17 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 28 de abril de 2022, **DECLARÓ NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por COLPENSIONES, y declarar probada la improcedencia de condena en costas a esa entidad, según lo analizado en precedencia; **ACOGIÓ** el contenido del dictamen No. 41776200-6282, emitido el 25 de agosto de 2019 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, por ajustarse a la situación médica de la demandante; **DECLARÓ** que la demandante María Teresa Tovar Rojas identificada con C.C. 41.776.200, tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a partir del 26 de septiembre de 2017, en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente para cada año, junto con los incrementos de ley y la mesada adicional en 13 mesadas anuales; **CONDENÓ** a COLPENSIONES a reconocer y

pagar a la demandante, la suma de cincuenta millones doscientos veinte mil doscientos once pesos M/CTE (\$50.220.211), por mesadas causadas desde el 26 de septiembre de 2017 al 31 de marzo de 2022, con los reajustes legales y la mesada adicional que se cause, valores que ordenó pagar indexados al momento en que se efectuó su pago; **ABSOLVIÓ** a la demandada del pago de los intereses moratorios; **AUTORIZÓ** a la demandada a descontar el porcentaje que corresponda los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud del retroactivo reconocido al demandante; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses de la demandada, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, por así ordenarlo el artículo 69 del CPTSS, con fundamento en las siguientes.

### **CONSIDERACIONES**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí la señora MARÍA TERESA TOVAR ROJAS tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez **2.** En caso afirmativo determinar su monto.

#### **ANÁLISIS DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PRESTACIONAL A LA DEMANDANTE:**

Sea lo primero indicar que por regla general las disposiciones legales que resultan aplicables para resolver la prestación pensional por invalidez corresponden a las que se encuentren vigentes a la fecha de estructuración de la condición de invalido; desarrollando así los principios de aplicación inmediata de la ley, así como del efecto retrospectivo que es inherente a la ley laboral; tal y como lo dispone el artículo 16 del CST.

Así las cosas, dentro del trámite de primera instancia se estableció la condición de invalidez de la señora MARÍA TERESA TOVAR ROJAS, mediante dictamen No. 41776200-6282 del 25 de agosto de 2021, en el cual, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del **62,01%**, de origen común, con fecha de estructuración del 26 de septiembre de 2017, conforme la documental vista a folios 745 a 753 del archivo pdf denominado “2019-676” del expediente digital.

En ese orden de ideas, concuerda esta Sala con el *A quo*, respecto a que la normatividad aplicable para el reconocimiento de la prestación pensional en el caso concreto de la demandante, es lo dispuesto en los artículos 38, 39, y 40 de la ley 100 de 1993, modificados por la ley 860 de 2003, los que en resumen enseñan que tendrán derecho a la pensión de invalidez aquellos afiliados que *“hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*, y como requisitos y además acrediten contar con al menos cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.; requisitos que cumple con suficiencia la señora MARÍA TERESA TOVAR ROJAS, quien como quedó expuesto en precedencia cuenta con una pérdida de capacidad laboral igual a 62,01% lo que naturalmente la ubica como persona en estado de invalidez, y en lo que respecta a la densidad de semanas cotizadas, revisado el reporte de semanas cotizadas actualizado al 25 de noviembre de 2019 (fl. 708 a 719 del archivo pdf denominado “2019-676” del expediente digital) aportado por la demandada COLPENSIONES se constata que la afiliada durante los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez, esto es, desde el 26 de septiembre de 2014 al 26 de septiembre de 2017 cuenta con 154,37 semanas cotizadas, cumpliendo así en exceso los requisitos normativos para hacerse acreedora a la prestación pensional reclamada.

Seguidamente, en lo que respecta al monto de la mesada pensional, el mismo se determinará con el promedio de los 10 últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez como lo dispone el artículo 21 de la ley 100 de 1993, como quiera que ha sido doctrina asentada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: *“que para efectos de la pensión de invalidez que es la que aquí interesa, el IBL se calcula con el promedio de las cotizaciones de los últimos diez años o en todo el tiempo si este fuere inferior, teniendo como fecha de referencia la de la estructuración de la minusvalía. Esto significa que no se tienen en cuenta para el cálculo del monto pensional los aportes sufragados con posterioridad a esa*

fecha”, debiendo consultarse si así se quiere la decisión del 11 de marzo de 2015 con radicación N.º 45936.

Así las cosas, al verificar esta Sala de decisión los montos por los cuales realizo las cotizaciones la demandante, observa que en su totalidad fueron realizados siempre con el SMLMV, por lo que no erró el juez de primera instancia en establecer como valor de las mesadas pensionales el equivalente al mismo, como también se halla razón en que sea reconocida en 13 mesadas al año por haberse causado la prestación con posterioridad al 31 de julio de 2011, razón por la cual se confirmará la sentencia proferida en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la pensión de invalidez.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que como lo indicó el juzgador de primera instancia, el derecho pensional de la demandante nació el 25 de agosto de 2021, con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, por ser con el que se determinó el porcentaje concreto de la pérdida de capacidad laboral de la señora MARÍA TERESA TOVAR ROJAS, y como quiera que el derecho se causó en el transcurso del trámite procesal, no transcurrió el termino de 3 años contenido en el artículo 488 del CST y 151 del CPT y SS.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia liquidó el retroactivo pensional en concreto, se actualizará el valor de dicho retroactivo causado entre el 26 de septiembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2022, de conformidad con lo establecido en el artículo 283 del CGP, que asciende a la suma de **\$56.220.211**, conforme se ilustra a continuación.

<b>RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2017 Y EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2022</b>			
<b>AÑO</b>	<b>MESADA</b>	<b>No de MESADAS</b>	<b>RETROACTIVO</b>
2017	\$ 737.717	4.17	\$3.076.280
2018	\$ 781.242	13	\$10.156.146
2019	\$ 828.116	13	\$10.765.508

2020	\$ 877.803	13	\$11.411.439
2021	\$ 908.526	13	\$11.810.838
2022	\$ 1.000.000	9	\$9.000.000
<b>TOTAL, RETROACTIVO ADEUDADO</b>			<b>\$56.220.211</b>

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto autorizó a COLPENSIONES a deducir de las mesadas pensionales los aportes que corresponden al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, obligación que debe indicarse, opera por ministerio de la ley, sin que resulte necesaria una declaración judicial que así lo imponga, tal como lo precisó la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 2731 de 2021, radicación No. 83565).

**SIN COSTAS** en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia, para establecer que el retroactivo pensional adeudado a MARÍA TERESA TOVAR ROJAS entre el 26 de septiembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2022, asciende a la suma de \$56.220.211.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501720190067601)



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

(Rad. 11001310501720190067601)



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501720190067601)

[17-2019-676](#)