

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO** promoviese contra **COLPENSIONES**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** Se vinculó al extinto ISS, de manera discontinua desde el 23/04/1971 al 30/11/1991; **2)** Nació el 20/04/1959; **3)** Para el

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES
01/04/1994 ya se había desafiliado del ISS y para tal data tenía cotizadas 170,71 semanas; **4)** El 14/01/2019 solicitó a la accionada la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no obstante, mediante Resolución SUB 96727 del 24/04/2019 se negó, bajo el argumento de que se había pensionado por la Fiduciaria La Previsora S.A.; **5)** Es una persona de la tercera edad y le resulta imposible construir su pensión de vejez con las semanas que tiene cotizadas.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

COLPENSIONES (fls. 18 a 38), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y la obligación reclamada, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su desafiliación del ISS, el número de semanas cotizadas, la solicitud de indemnización sustitutiva y su negativa¹ y señaló que los demás no le constaban.

Expuso que verificado el aplicativo de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se evidenció que a la demandante se le reconoció pensión de jubilación con Fiduciaria La Previsora S.A., con fecha de reconocimiento en el año 2014, por lo que debe tenerse en cuenta el artículo 128 de la Constitución Política que señala que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, por lo que se

¹ Aceptó los hechos relacionados en los numerales 2 a 7 de la demanda.

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES

presenta incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la prestación solicitada al amparar la misma contingencia.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 04 de noviembre de 2021, en la que dictó **sentencia condenatoria**², en los siguientes términos:

PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante María Teresa Pérez Cardozo, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por un valor de \$1.869.199 la cual fue indexada a la fecha de esta decisión, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada. Tásense por secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$100.000, según lo expuesto en la parte motiva de este fallo. (...)

Como fundamento de su decisión refirió que el sistema general de seguridad social de la Ley 100 de 1993 estableció expresamente que no se aplicaba a los empleados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio creado por la Ley 99 de 1989, que determinó que las prestaciones a cargo serían compatibles con pensiones o cualquier otra clase de remuneración, siendo claras las prerrogativas a favor de los trabajadores las cuales permiten la compatibilidad con pensión y salarios y cualquier ingreso, así mismo con lo pertinente en el régimen pensional especial y la cobertura de las contingencias para la vejez establecidas en la Ley 100 de 1993.

Señaló que el artículo 81 de la Ley 802 de 2003 determinó que los docentes vinculados con posterioridad a la entrada en

² Fls. 195 a 198

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901

Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO

Demandado: COLPENSIONES

vigencia de la Ley 100 de 1993, se sometían a las disposiciones de esta y, aquellos vinculados con anterioridad se les aplica las disposiciones vigentes para el Magisterio, sin que exista incompatibilidad entre las prestaciones del Magisterio y las del sistema general de pensiones, como fue mencionado en la sentencia SL 3775 del 2021 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Descendiendo al caso concreto, precisó que la demandante estuvo vinculada al Magisterio desde el 14/04/1994, por lo que no hay razón para declarar la incompatibilidad entre prestaciones, por ello, conforme el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se tiene que la demandante cumple con las exigencias o requisitos allí expuestos para acceder a la indemnización sustitutiva deprecada.

Concluyó precisando que no se presentó el fenómeno prescriptivo, pues la declaración de imposibilidad de continuar cotizando se dio con la reclamación administrativa del 14/01/2019 y la presentación de la demanda se dio el 25/07/2019.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 25 de enero de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por la apoderada de COLPENSIONES, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901

Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO

Demandado: COLPENSIONES

por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

V. CONSIDERACIONES

De la indemnización sustitutiva y su compatibilidad con la pensión del magisterio

La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en beneficio de quienes no hubieren cotizado el número mínimo de semanas para acceder a la prestación pensional y es equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas y el promedio ponderado de los porcentajes aplicados para la realización de los aportes.

En cuanto al régimen seguridad social de los docentes este nació con la expedición de la Ley 91 de 1989, el cual creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes vinculados a la fecha de la promulgación de dicha norma o lo que se vinculen con posterioridad.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 100 de 1993 – artículo 279- este se convirtió en uno de los regímenes exceptuados y luego, el parágrafo transitorio 1° del Acto Legislativo 01 del 2005, ratificó que el régimen pensional de los docentes vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 y aquellos que se vinculen con posterioridad o a partir de su vigencia, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones.

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES

Respecto de la compatibilidad de prestaciones para docentes oficiales que se rigen por el mentado régimen exceptuado y las establecidas en el Sistema General de Seguridad Social, en múltiples sentencias, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que los docentes oficiales pueden laborar de manera simultánea para instituciones educativas particulares y cotizar a entidades del sistema establecido en la Ley 100 y con ello adquirir una pensión de vejez en el I.S.S. hoy Colpensiones, como por ejemplo en las sentencias con radicado 40848 del 06 de diciembre de 2011, y SL451-2013, la que fue reiterada en SL2649-2020; en esta última dijo:

“Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia CSJ SL451-2013, en la que adoctrinó:

En lo que tiene que ver con la segunda cuestión planteada en el cargo, en este caso era perfectamente posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo, fueron hechas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por la demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En tales condiciones, no existía incompatibilidad alguna entre el bono pensional y la pensión de jubilación oficial, como bien lo concluyó el Tribunal, ni se está prohijando una mezcla inadecuada entre dos regímenes, como lo denuncia de manera confusa la censura.

En efecto, por tener la calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social, al compás de lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, a la demandante le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional”.

Por otra parte, es menester rememorar que si bien el artículo 128 constitucional refiere que nadie puede recibir más

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901

Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO

Demandado: COLPENSIONES

de una asignación que provenga del tesoro público, también lo es que los aportes efectuados a COLPENSIONES, corresponden a parafiscales, y son producto de la labor de los trabajadores. Lo dicho, según sentencias SL9730-2014, SL5118-2019, y SL2649-2020 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia; en la aludida sentencia SL2649-2020 dijo:

“En lo referente al último tema, relacionado con la incompatibilidad de las pensiones por infracción del art. 121 de la Ley 100/1993, se precisa que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor. Así lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sala en diferentes sentencias, entre otras, en la CSJ SL9730-2014 y la SL5118-2019.

De acuerdo con lo expuesto, en este caso era posible emitir el bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, pues las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados por el demandante a instituciones privadas, con anterioridad a su ingreso al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, eran diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

En ese orden, es claro para la Sala que el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que le endilga el censor, por lo que el cargo no sale adelante”.

DEL CASO CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de controversia y se encuentran probados en el proceso los hechos relativos a que la demandante nació el 20 de abril de 1959 (fls. 8 y 92); que cotizó al extinto I.S.S. **170,71** semanas en el periodo comprendido del 23 de abril de 1979 al 30 de noviembre de 1991 (fls. 82 a 83); que mediante Resolución No. 694 del 19 de junio de 2014, la Secretaría de Educación de Facatativa le reconoció una pensión de jubilación (fls. 106 a 107); y que Colpensiones, mediante Resolución SUB 96727 del 24 de

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES
abril del 2019, negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (fls. 5 a 7 y 93 a 98).

Pues bien. Lo primero que debe advertirse es que la señora María Teresa Pérez Cardozo ostentó la calidad de docente oficial desde el 14 de abril de 1994 según Resolución 694 del 19 de junio de 2014, por lo que es palmario que estuvo vinculada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, de manera que su régimen pensional es el establecido para el Magisterio, pues conservó la exención establecida para los docentes consagrada en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que se mantuvo con el artículo 81 de la Ley 812 de 2003; lo que no obsta para que pudiera realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales reseñados en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, si bien la accionante era docente oficial y prestaba sus servicios a un establecimiento educativo de naturaleza pública, ello no era óbice para impedir que laborara al servicio de instituciones educativas particulares, empresas del sector privado, como independiente, como en efecto ocurrió, pues al revisarse la historia laboral allegada por COLPENSIONES, se tiene que del periodo comprendido entre el 23 de abril de 1979 y el 30 de noviembre de 1991, con las interrupciones indicadas en dicho documento, laboró para diferentes instituciones del sector privado, como lo son Centro Comunitario P, J Glotman S.A., Famys Ltda. Colegio Santa Ana María de la Esperanza y Sociedad Educa Simón Bolívar (fls. 82 a 83).

Así las cosas, la señora Pérez Cardozo no sólo se encontraba habilitada para realizar aportes al sistema pensional consagrado en la Ley 100 de 1993, sino que además ello se constituía en una obligación del empleador, quien, honrando las obligaciones que en tal calidad tenía efectuó cotizaciones al entonces Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva, con

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901

Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO

Demandado: COLPENSIONES

independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente, pues inició sus labores como docente oficial antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Al respecto, en la pluricitada sentencia SL2649- 2020 la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso:

“(...) la Sala ha precisado que solo puede ser interpretado en su sentido natural y obvio, es decir, que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo (CSJ SL451-2013).

En relación con el tercer punto planteado en el ataque, es preciso advertir que el art. 81 de la Ley 812/2003 mantuvo la exención establecida para los docentes en el art. 279 de la Ley 100/1993, únicamente respecto de los vinculados con posterioridad a dicho cambio legislativo, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27/06/2003 y, al mismo tiempo, para particulares, como es el caso de José Aldemar Giraldo Hoyos, que se vinculó por primera vez al ISS el 16/02/1971, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100/1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente.”

De acuerdo con lo expuesto, la pensión de jubilación del docente vinculado al servicio oficial es compatible con las prestaciones propias del sistema general de seguridad social en pensiones dispuestas en la Ley 100 de 1993, dado no solo el docente se encuentra habilitado – y su empleador obligado – para efectuar aportes a las entidades administradoras de dicho sistema pensional al haber laborado también para instituciones educativas de carácter privado, sino además que resulta claro que el carácter de dichos aportes NO tienen origen en un fondo de naturaleza pública pues provienen de empleador y trabajador

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901

Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO

Demandado: COLPENSIONES

de origen particular y por lo tanto no resulta acertado afirmar que las prestaciones que otorgan uno y otro sistema sean incompatibles.

Esclarecido lo anterior, procede la Sala a verificar si la demandante cumple con los requisitos establecidos en la Ley para acceder a la indemnización sustitutiva deprecada.

Frente al particular, dicha prestación se encuentra consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, norma que a la letra dice:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.”

De la norma en cita, se tiene que la persona que quiera acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez debe acreditar: **i)** haber cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, **ii)** no haber cotizado el mínimo de semanas exigidas para dicha prestación, y **iii)** declarar su imposibilidad de seguir cotizando al sistema.

Dicho lo anterior, se itera que la actora nació el 20 de abril de 1962 (fl. 8 y 92), por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del año 2016; ahora bien, en cuanto al requisito de semanas cotizadas, conforme la historia laboral allegada por COLPENSIONES de folios 82 a 83 se tiene que la demandante cotizó a COLPENSIONES **170,71** semanas, las que resultan insuficientes para acceder a la pensión de vejez en el régimen de

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES
prima media; y en cuanto al último de los requisitos establecidos, esto es, declarar la imposibilidad de continuar cotizando al

sistema, se tiene que la accionante hizo tal declaración (fl.50 y 51).

De esta manera, es claro que la actora cumplió con los requisitos contemplados en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por lo que, se procede a estudiar si hay lugar a declarar la excepción de **prescripción**.

Al respecto, la H. Corte Constitucional en sentencias como la T -510 de 2017, que reitera la T -546 de 2008, ha enseñado que es imprescriptible la indemnización sustitutiva, en tanto busca sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, por lo que, al equipararse a un derecho pensional, su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.

En igual sentido, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias STL20644-2017 y SL4559-2019, puntualizó que la indemnización sustitutiva no es una simple suma de dinero o crédito laboral sujeto a las reglas del término trienal, pues, a la luz del sistema de seguridad social es una prerrogativa que, al ser el reemplazo o subsidio de la prestación de vejez, tiene un contenido de amparo contra ese riesgo, en tanto le permite a quien por distintas dificultades de la vida no alcanza a pensionarse, reclamar el pago de los aportes realizados en su vida laboral, con el propósito de administrarlos y mitigar la desprotección a la que se enfrenta por no contar con una prestación periódica; motivo por el que es imprescriptible.

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES

Finalmente, al calcularse el monto de la indemnización sustitutiva, indexada a la fecha de la providencia de primer grado, se tiene que el mismo equivale a la suma de **\$2.119.324**, suma superior a la calculada por la *a quo*, sin embargo, el mismo no se modificará como quiera que el presente asunto se conoce en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y la decisión no fue apelada además por la activa.

Por lo brevemente expuesto se **CONFIRMARÁ** la sentencia.

VI. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - Sin costas en esta instancia.

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

Código Único de Identificación: 11 0013105001920190050901
Demandante: MARÍA TERESA PÉREZ CARDOZO
Demandado: COLPENSIONES

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. ALEJANDRA MARIA HENAO
RADICADO: 110013105009201950901
DEMANDANTE :
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2021 para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	Colpensiones	x
	Otros	

Promedio Salarial Anual							
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
23/04/79	30/04/79	8	5.790	193	\$ 1.544,00		
01/05/79	31/05/79	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/06/79	30/06/79	30	5.790	193	\$ 5.790,00		
01/07/79	31/07/79	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/08/79	31/08/79	31	5.790	186,774194	\$ 5.790,00		
01/09/79	01/09/79	1	5.790	5790	\$ 5.790,00		
17/11/79	30/11/79	14	3.300	110	\$ 1.540,00		
Total días		146			\$ 32.034,00	\$ 219,41	\$ 6.582,33
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
31/03/86	31/03/86	1	17.790,00	593,00	\$ 593,00		
01/04/86	30/04/86	30	17.790,00	593	\$ 17.790,00		
01/05/86	31/05/86	31	17.790,00	573,870968	\$ 17.790,00		
01/06/86	30/06/86	30	17.790,00	593	\$ 17.790,00		
01/07/86	31/07/86	31	17.790,00	573,870968	\$ 17.790,00		
01/08/86	31/08/86	31	17.790,00	573,870968	\$ 17.790,00		
01/09/86	30/09/86	30	17.790,00	593	\$ 17.790,00		
01/10/86	30/10/86	30	17.790,00	593	\$ 17.790,00		
Total días		214			\$ 125.123,00	\$ 584,69	\$ 17.540,61
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
04/02/87	28/02/87	25	21.420	714	\$ 17.850,00		
01/03/87	31/03/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/04/87	30/04/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/05/87	31/05/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/06/87	30/06/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/07/87	31/07/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/08/87	31/08/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
01/09/87	01/09/87	1	21.420	714	\$ 714,00		
23/10/87	31/10/87	9	21.420	714	\$ 6.426,00		
01/11/87	30/11/87	30	21.420	714	\$ 21.420,00		
01/12/87	31/12/87	31	21.420	690,967742	\$ 21.420,00		
Total días		280			\$ 196.350	\$ 701,25	\$ 21.037,50
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/02/88	29/02/88	29	25.530	880,344828	\$ 25.530,00		
01/03/88	31/03/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/04/88	30/04/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/05/88	31/05/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/06/88	30/06/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		
01/07/88	31/07/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/08/88	31/08/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/09/88	30/09/88	30	25.530	851	\$ 25.530,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

01/10/88	31/10/88	31	25.530	823,548387	\$ 25.530,00		
01/11/88	15/11/88	15	25.530	851	\$ 12.765,00		
Total días		320			\$ 268.065	\$ 837,70	\$ 25.131,09
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
10/04/91	30/04/91	21	54.630	1.821	\$ 38.241,00		
01/05/91	31/05/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/06/91	30/06/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
01/07/91	31/07/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/08/91	31/08/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/09/91	30/09/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
01/10/91	31/10/91	31	54.630	1762,25806	\$ 54.630,00		
01/11/91	30/11/91	30	54.630	1821	\$ 54.630,00		
Total días		235			\$ 420.651	\$ 1.790,00	\$ 53.700,13

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1979	146	0,560	110,060	196,536	\$ 6.582,33	\$ 1.293.663,00	\$ 6.295.827,00
1986	214	2,380	110,060	46,244	\$ 17.540,61	\$ 811.143,00	\$ 5.786.153,00
1987	280	2,880	110,060	38,215	\$ 21.037,50	\$ 803.954,00	\$ 7.503.571,00
1988	320	3,580	110,060	30,743	\$ 25.131,09	\$ 772.606,00	\$ 8.241.131,00
1991	235	7,650	110,060	14,387	\$ 53.700,13	\$ 772.580,00	\$ 6.051.877,00
Total días	1195	Total devengado actualizado a				2021	\$ 33.878.559,00
Semanas Cotizadas S.C.	170,71	Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.					\$ 198.451,81
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					6,256%
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				2021	\$ 2.119.324,00

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	\$ 2.119.324
Total	\$ 2.119.324

Fuente	Tabla del IPC - DANE.,
Observaciones	

Fecha liquidación viernes, 11 de noviembre de 2022 Recibe: _____

Código Único de Identificación: 11001310500920200015801

Demandante: CLAUDIA ESPERANZA CRUZ JIMÉNEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los (las) apoderados (as) del (las) demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA ESPERANZA CRUZ JIMÉNEZ** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A., por presentar vicio en el consentimiento por engaño.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos y todos los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; y a esta última a recibir dichos dineros y actualizar la historia laboral de la actora.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (Fls. 63 a 186), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES (Fls. 294 a 346), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad

social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 24 de noviembre de 1995.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración; y a esta última a recibir los valores antes señalados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la accionante las correspondientes semanas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Señaló que, esa entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la demandante con relación a su traslado y se ha evidenciado que Colpensiones se estaría afectando al descapitalizarse el fondo común, poniendo en riesgo las pensiones de las personas que durante toda su vida laboral sí ha realizado sus aportes en el RPM, ello conforme la sentencia T-489 de 2010.

Manifestó que, como se demostró, la AFP no dio una información clara precisa y comprensible al momento del

asesoramiento hecho a la demandante y también falló en el deber de oportunidad al no asesorar a la actora en relación con la prohibición legal, pues está en cabeza de los fondos privados el brindar este asesoramiento en relación con indagar a que régimen desea seguir el afiliado antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años para cumplir la edad pensional, por ello debe ser Porvenir S.A. la que asuma el estudio de un posible reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPM administrado por Colpensiones.

Solicitó tener en cuenta que esa entidad se encuentra vinculada al presente proceso de forma residual, pues, de declararse la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante ante el RAIS, tal efecto no puede ser endilgado a Colpensiones, máxime cuando era a las AFP a las que les correspondía brindar una información veraz y oportuna al momento de la suscripción del formulario de afiliación y no al ISS hoy Colpensiones.

Indicó que, la responsabilidad profesional y directa recae sobre la AFP, la cual ha de garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración, con el fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el RPM.

Concluyó solicitando, se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico que celebró la actora y el fondo privado, y los actos jurídicos, en principio, tienen efectos interpartes, por lo que esa entidad no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión.

PORVENIR S.A.

Indicó que, la vinculación de la demandante a Porvenir S.A. en el año 1995 fue completamente válida y eficaz, pues la demandante firmó, para dicho momento, el respectivo formulario de vinculación, el cual era el documento requerido para hacer válidamente la afiliación o traslado de régimen pensional, situación que acontecía una vez realizada la asesoría verbal y la persona firmaba en caso de estar de acuerdo y, en este caso se tiene que la demandante decidió trasladarse libremente al RAIS.

De otro lado, precisó que, si bien el deber de información ha existido desde los inicios de las AFP, este ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial que se ha incrementado a lo largo de los años por todas las exigencias impuestas a las AFP, sin embargo, considera que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable para la fecha del traslado, pues conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del mismo año, lo más importante era impedir la coacción del derecho de libre escogencia del régimen pensional, siendo claro que, por parte de Porvenir S.A. no hubo ninguna coacción, por lo que se que deberes u obligaciones como realizar alguna comparación, hablar de ventajas o desventajas, analizar el caso particular, o hablar de conveniencia del traslado no eran exigibles para el año 1995 y tampoco se debe requerir otro tipo de documento o una prueba aparte del formulario de afiliación, por lo que no deben ser exigidos deberes u obligaciones a mi representada que nacieron con posterioridad, máxime cuando Porvenir S.A. brindó a la actora la información para que tomara una decisión objetiva.

Precisó que por haber existido este acto jurídico que versó con la voluntad de la demandante, solicita se respete esta voluntad para el año 1995, voluntad de las partes donde la demandante que permaneció durante todos estos años, además

de darle el valor probatorio que se merece el formulario de afiliación, en donde se evidencia que la actora aceptó todas las condiciones del RAIS, considerando injusto que se le obligue a las AFP que demuestren el deber de información o que alleguen otro documento diferente al formulario de afiliación, cuando esto resulta un imposible jurídico, en especial al haber transcurrido más de 20 años de la decisión de traslado de la demandante, la cual ratificó con los años de cotización y permanencia.

Aclaró que la inconformidad que tiene la demandante es frente a su mesada pensional, situación que resulta insuficiente para determinarse una ineficacia de traslado, pues el hecho de que la actora no esté de acuerdo con su mesada pensional en el RAIS no quiere decir que la AFP no haya brindado la asesoría, la cual sí se dio y fue verbal, cuya única prueba es el formulario de afiliación, que era el exigido para el año de 1995, en especial cuando para dicha data no era posible determinar el valor de la mesada pensional.

Frente a la condena de devolución de gastos de administración y/o sumas de la aseguradora, considera esa AFP que en virtud de las restituciones mutuas, dicha condena resulta contradictoria por cuanto se declara la ineficacia de traslado, por lo que el mismo pierde sus efectos, y por ello, en sentido estricto la actora no tendría derecho a que se le entreguen los rendimientos generados por las gestiones realizadas por esa AFP y que han sido en cumplimiento de un deber legal, adicionalmente, se desconoce el principio de igualdad y lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues si Porvenir S.A. hizo alguna deducción por estos gastos, sumas adicionales, o porcentaje de pensión mínima lo hizo amparada en la ley, además de hacer una correcta administración de los recursos de la demandante que se ven reflejados en los rendimientos.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los

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

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

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

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales

	relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

(...)

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un

consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

d) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la consecuencia es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de

régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

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

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

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

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

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una

pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el 10/08/1988 (fl. 302); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 24/11/1995 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 23, 110 y 270); y **iii)** el día 07/02/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado (fl. 4 a 8 y 24 a 26).

Pues bien, a folios 23, 110 y 270 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 24/11/1995 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (1).

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso Porvenir S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que el formulario de afiliación era el único documento requerido para la época del traslado o que no se tenía la obligación de allegar documento adicional a este, máxime cuando el mismo no fue señalado como nulo o inválido o tachado de falso, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se

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

suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 24 de noviembre del año 1995, lo que da al traste con los argumentos expuestos por Porvenir S.A. al sustentar su recurso frente al particular, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, se reitera, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este o que se le esté restando valor probatorio al formulario, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación y mucho menos se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, señalado por Porvenir S.A. en su recurso, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Cruz Jiménez en el traslado que esta realizó en el mes de noviembre de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

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

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

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

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

cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Ahora bien, COLPENSIONES argumenta en su apelación, que el fallo de primera instancia no tuvo en cuenta el **principio de la relatividad jurídica**, frente al cual, ha de decirse que es una figura propia del derecho civil, que establece básicamente, que los acuerdos de voluntades no generan consecuencias sino entre los contratantes. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que el mismo no es absoluto.

Al respecto, en sentencia SC 1182-2016³ (radicación No. 54001-31-03-003-2008-00064-01), expuso:

“Ha existido un mal entendimiento del aludido principio - explicó la jurisprudencia- «todo por echarse al olvido que en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual» (CSJ SC, 28 Jul 2005, Rad. 1999-00449-01).

Y como ejemplo de lo anterior, señaló:

No hace mucho, por ejemplo, alegaba un recurrente que ante el impago de un cheque, el tenedor, así encontrase culpable al banco de ese hecho, necesariamente tenía que reclamarle al girador, pues al banco no podía demandar ya que ninguna relación contractual lo unía a él; y tampoco podía hacerlo extracontractualmente porque si aun así resultaba menester establecer el eventual incumplimiento por el banco del contrato de cuenta corriente, de todos modos sería permitir que la acción de un extraño terminara definiendo la suerte del contrato, y sin la comparecencia de todos sus celebrantes. A lo cual hubo de responder la Corte en los siguientes términos: Planteamiento semejante parecería encontrar apoyo en el citado principio [res inter alios acta]. “Se dirá, en efecto: el contrato no incumbe sino a sus

³ Del 8 de febrero de 2016. M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

celebrantes, y por consiguiente las acciones que allí se deriven no tienen más titular que ellos mismos; todo intento de los demás por penetrar en el contrato, ha de ser rehusado.

Ese argumento -sostuvo- «deja de ver que un hecho puede generar diversas proyecciones en el mundo jurídico; de aquí y de allá. (...) Los perjuicios de un comportamiento anti-contratual, verbigracia, podrían lesionar no sólo al co-contratante sino afectar a terceros, e incluso llegar a afectar no más que a terceros: el mismo hecho con roles jurídicos varios».⁴

3.3. En la periferia del contrato, entonces, existen terceros a los cuales el incumplimiento, los vicios en su formación, el ocultamiento de la voluntad real de los contratantes y el desequilibrio en su contenido prestacional los alcanza y afecta patrimonialmente.”

Así las cosas, dicho principio no es absoluto, por lo que, si bien Colpensiones es un tercero que nada tuvo que ver en el acto celebrado entre el demandante y la AFP Porvenir S.A., el incumplimiento al deber de información puede afectarlo, como sucede en este asunto

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

⁴ Ibídem.

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

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

TERCERO.- COSTAS de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

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

Código Único de Identificación: 11001310500920200015801

Demandante: CLAUDIA ESPERANZA CRUZ JIMÉNEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Claudia Esperanza Cruz Jiménez
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**009-2020-00158-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, 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, acompaño 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: **a7d8c699757535256d34bbf7ad8da46b1ab6651e8db15e2bf487f411c42049fc**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:54 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310501420190066001

Demandante: YOLANDA MORENO VASQUEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los (las) apoderados (as) del (las) demandadas PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de enero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral que **YOLANDA MORENO VÁSQUEZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado y afiliación de la demandante al

Código Único de Identificación: 11001310501420190066001

Demandante: YOLANDA MORENO VASQUEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Protección S.A. y como consecuencia de ello se active a la actora en el régimen de prima media (en adelante RPM) a través de Colpensiones, condenando a esta a aceptar y recibir el traslado de los aportes, junto con los rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración de la accionante y a actualizar su historia laboral.

De manera subsidiaria, deprecia se declare la nulidad del mentado traslado.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (Fls. 145 a 159), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 161 a 175), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, el valor de la futura pensión de vejez no dista entre el RAIS y el RPM-PD, nadie está obligado a lo imposible, la negativa de Protección S.A. acerca de la ineficacia del traslado de régimen y afiliación a la administradora de pensiones se encuentra precedida de una prohibición legal y la innominada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; y ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante y actualizar su historia laboral.

Condenó en costas a las demandadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A.

Señaló que el literal b) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 establece que en el RAIS una parte del ahorro se destinará al pago de primas y seguros, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir los gastos de administración entre otros, siendo evidente que desde un inicio un porcentaje se precisó para cada necesidad que se desprendiera en el RAIS, más allá de cubrir prerrogativas pensionales de vejez.

Precisó que devolver los gastos de administración constituye una sobreremuneración injustificada, pues la administración generó unos rendimientos financieros que no van a ser reconocidos, más ante la afiliación que se declara no haber existido, sin embargo, tales consecuencias si existen y deben ser reconocidas.

Adujo que, la remuneración por gastos de administración y los porcentajes dispuestos para el fondo de solidaridad pensional y primas previsionales, se encuentran autorizados por vía legal y, si bien dichos dineros entraron al patrimonio de esa AFP de manera legítima y legal, fueron destinados a cubrir las previsiones que la ley dispuso, estando ese fondo imposibilitado para recobrar dicho pago ante las aseguradoras, por ello, en caso de que se ordene y efectué el traslado hacia Colpensiones, Protección S.A. tendría que asumir el pago de estos conceptos con cargo a su propio patrimonio, lo cual constituiría un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y del RPM y una vulneración al derecho a la igualdad que le asiste a mi representada, además, que se perturbaría la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones pues desde el RAIS se han dispuestos los porcentajes que la ley ha previsto para los gastos de administración, primas de aseguramientos, fondos de pensión mínima, pero dicho gasto no

ha sido previsto en el RPM, donde las pensiones que se pagan en la actualidad se financian con los aportes de los afiliados destinados al fondo común de naturaleza pública, sin que exista un detrimento porcentual como en los mercados financieros, por lo que se agravaría la sostenibilidad del sistema general de pensiones.

Finalmente, señaló que la condena en costas es improcedente pues Protección S.A. no cuenta con soporte normativo legal que le autorice realizar un traslado del régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho y son los afiliados quienes deben acudir a la jurisdicción a fin de que se evalúe exhaustivamente las condiciones que rodearon en su momento el traslado conforme el extenso precedente jurisprudencial, por ello, a Protección S.A. le es imposible realizar la devolución del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los correspondientes rendimientos, toda vez que no se cuenta con piso normativo legal aplicable para el caso en concreto.

COLPENSIONES

Indicó que, la juez de primera instancia tomó la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la AFP demandada no demostró la asesoría brindada a la demandante frente a las características del RAIS, sin embargo, tal decisión desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la inversión de la carga de la prueba, en especial la sentencia T-422 de 2011, como quiera que, conforme lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, su vinculación a la AFP demandada obedeció a un requisito previo para la contratación de sus servicios profesionales con una entidad pública, y es por ello que debe revocarse la sentencia, en razón a que, dentro del trámite probatorio no se demostró que se hubiere configurado algún vicio en el

Código Único de Identificación: 11001310501420190066001

Demandante: YOLANDA MORENO VASQUEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

consentimiento de la actora, quien decidió de forma libre y voluntaria efectuar afiliación a la AFP.

Señaló que no debe desconocerse que la sentencia apelada atenta contra el principio de sostenibilidad financiera, el cual se encuentra contemplado en las sentencias C-1024 de 2004, C-625 de 2007 y SU-061 de 2010, al ordenar a Colpensiones tener como afiliada a una persona que no ha cotizado al RPM por un periodo superior a 20 años.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de la demandante y de la demandada Protección S.A., quienes reiteraron sus argumentos.

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

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(…)”

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

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

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

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

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen

pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el 23/02/1982 (fls. 4 y 144); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 17/01/2001 a través de la A.F.P Santander – hoy Protección S.A (fl. 7 y 166); y **iii)** el día 12/08/2019 (fl. 25 a 29) solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado.

Pues bien, a folios 7 y 166, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 17/01/2001 con la AFP Santander hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 1.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado, en este caso Santander hoy Protección S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, por cuanto de lo narrado allí en realidad

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

no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la demandante conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 17 de enero del año 2001, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, se reitera, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, argumento presentado por Colpensiones en su recurso, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la

afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Protección S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Moreno Vásquez en el traslado que esta realizó en el mes de enero de 2001, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

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

devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia de la *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo arguyen las apelantes en sus recursos, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos

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

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

Código Único de Identificación: 11001310501420190066001

Demandante: YOLANDA MORENO VASQUEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

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

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

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

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

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

VII. COSTAS.

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

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE**

Código Único de Identificación: 11001310501420190066001

Demandante: YOLANDA MORENO VASQUEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Protección S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Protección S.A. y Colpensiones.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11001310501420190066001

Demandante: YOLANDA MORENO VASQUEZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: YOLANDA MORENO VÁSQUEZ
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**014-2019-00660-01**

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, acompaño 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: **5c76eeccefecb9a8be69f9b38c0e546c847e86ea42d8fb1cd681bcf82d69741d**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:54 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310501620190029801
Demandante: ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el 06 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación del demandante a la AFP

Código Único de Identificación: 11001310501620190029801

Demandante: ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

Porvenir S.A. realizada en el mes de octubre de 1999, así como la realizada a Protección S.A. en diciembre del 2000 y la efectuada nuevamente a Porvenir S.A. en octubre del 2002.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante; y a esta última a recibir dichos dineros, afiliar y actualizar la historia laboral del actor.

Así mismo, y frente a todas las sumas o condenas, solicita se ordene su indexación, el pago de intereses corrientes, moratorios y reajuste.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (Fl. 63 a 78), contestó la demanda, se opuso las pretensiones incoadas en su contra, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la innominada.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 98 a 111), presentó contestación a la acción, oponiéndose a las pretensiones incoadas en su contra, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban. En su defensa,

propuso las excepciones de mérito denominadas: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Fls. 112 a 186), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de la transferencia; y ordenó a esta última a recibir dichos dineros y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Señaló que, si bien existe un precedente jurisprudencial en materia del deber de información oponible a las AFP, la Corte Suprema de Justicia también ha indicado que se deben analizar las particularidades concretas del traslado de régimen en cada caso, por lo que, en el presente asunto, no se valoraron las pruebas testimoniales y documentales respecto del deber de información que le fue suministrado al demandante en el año de 1999, pues es claro que contó con elementos de juicio objetivos y suficientes para decidir afiliarse o no a Porvenir en el año de 1999, recibiendo una asesoría de manera grupal y posteriormente una personalizada en su lugar de trabajo, por lo que se suscribió un formulario de afiliación que da cuenta de la voluntariedad de la afiliación del demandante.

Indicó que no se le puede exigir allegar pruebas documentales adicionales, como quiera que para la fecha del traslado del demandante únicamente estaba en cabeza de esa AFP la suscripción de un formulario de vinculación, el cual se encontraba en cabeza de la Superfinanciera Bancaria, habiéndose aportado las documentales con la que cuenta este fondo y que dan fe de la voluntariedad del actor al momento en el que se traslada de manera libre y voluntaria a Porvenir S.A., previa asesoría que versó sobre las particularidades de su caso y en la que conoció características esenciales del RAIS, tal como lo exigía la normatividad vigente para esa fecha.

Manifestó que el precedente jurisprudencial sobre el tema se ha proferido desde el año 2008, situación que no se podía prever al momento del traslado y en el interrogatorio de parte rendido por el actor quedó claro que conoció las características que le permitían tomar la decisión de traslado.

Precisó que, se aparta de la condena de devolución de gastos de administración junto con rendimientos financieros y temas por seguros previsionales, como quiera que, si se profiere la sentencia al tenor de la figura de la ineficacia, las cosas deben retrotraerse a su estado inicial, es decir que el negocio jurídico no se celebró, siendo claro que los rendimientos financieros que hoy en día ostenta el demandante no deben trasladarse, teniendo en cuenta que son sumas privativas del RAIS y no se generan en el RPM, al ser una característica del primero, la cual fue conocida ampliamente por el demandante al momento de su traslado como durante los años que ha permanecido vinculados con las AFP llamadas a juicio; adicionalmente, los gastos de administración han sido descontados conforme una autorización legal consagrada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en cumplimiento a la cual, Porvenir S.A. ha empleado una serie de recursos para generar los rendimientos financieros al demandante, a través de unas operaciones efectuadas a través de distintas inversiones en la bolsa y demás, que permiten que el demandante obtenga esos rendimientos financieros, además que los gastos por seguros previsionales han sido entregados a las aseguradoras correspondientes que han amparado la prestación del demandante, sin que Porvenir S.A. haya actuado de manera caprichosa, finalmente, dichos descuentos no llegan a sumarse en la cuenta de ahorro individual del demandante, máxime cuando en el RPM también se hace un descuento por este mismo rubro con el mismo propósito, amparar las prestaciones de los afiliados de las contingencias de invalidez o muerte.

COLPENSIONES.

Adujo que la declaratoria de ineficacia del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, sin que Colpensiones pueda asumir el “arrepentimiento” del demandante, quien ejerció su derecho a la libre escogencia, pues no hay prueba de coacción que viciara la manifestación de

Código Único de Identificación: 11001310501620190029801

Demandante: ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

voluntad, además de su permanencia en el RAIS durante tantos años.

Indicó que la decisión de primer grado vulnera el conjunto normativo, especialmente la Ley 797 de 2003, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 3800 de 2001, máxime cuando todas las conductas desplegadas por Colpensiones fueron con buena fe y la plena convicción de estar obrando conforme a derecho.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes demandante y las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)".

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

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

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

(...)

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

(...)”

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 18/06/1977 (Fl. 70); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 05/10/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 16, 134 y 138); **iii)** realizó un traslado horizontal entre administradoras del RAIS a la AFP Santander hoy Protección S.A. el día 25/10/2000 (fl. 105); y **iv)** día 08/04/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante fue negado (fl. 4 a 9).

Pues bien, a folios 16 y 134 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 05/10/1999 con la A.F.P Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

¹Según los cuales “la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de

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

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que el formulario da cuenta de la voluntariedad de la afiliación, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para la fecha del traslado del demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, como lo indicó dicha AFP, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no

información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 5 de octubre del año 1999, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, en este caso no se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras y mucho menos se le está exigiendo allegar un medio de prueba en particular.

En cuanto al posible saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, argumento presentado por las apelantes, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A.,

demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la AFP Porvenir S.A.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor Sánchez Ávila en el traslado que este realizó en el mes de octubre de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro

individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, por lo anterior acertada encuentra esta Sala la decisión del *A Quo*, en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras) recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Ahora bien, en virtud a la consulta que se surte a favor de COLPENSIONES se **ADICIONARÁ** la sentencia, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A.** la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y cualquier otro recibido, **debidamente indexados**, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

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

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

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su

deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

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

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

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad**

financiera, como lo señala Colpensiones, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

Código Único de Identificación: 11001310501620190029801

Demandante: ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Protección S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11001310501620190029801

Demandante: ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: ROBERTO ALFREDO SÁNCHEZ ÁVILA
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**016-2019-00298-01**

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, acompaño 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: **b4cb0a183e5bb5388be67d8ae74c3689dcefef8ce5ebd65200e5feedd83f62a8**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:54 AM

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

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

Código Único de Identificación: 1100131050172020008601

Demandante: LIDIA ESPERANZA SÁNCHEZ CAMARGO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver los recursos de apelación interpuestos por los (las) apoderados (as) del (las) demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y a estudiar en Grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LIDIA ESPERANZA SÁNCHEZ CAMARGO** promoviese contra **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A. y el posterior realizado a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Porvenir S.A. y Protección S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y los respectivos rendimientos; y a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 17 de junio del 2018, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexar el valor de la primera mesada pensional.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES (Fls. 111 a 163 Archivo 2020-086), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica.

Por su parte, **PROTECCIÓN S.A.** (Fls. 164 a 229 Archivo 2020-086), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada.

Finalmente, **PORVENIR S.A.** (Fls. 262 a 345 Archivo 2020-086), allegó contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la acción, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban; propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia condenatoria, **declarando la ineficacia del traslado** realizado por el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, declararla válidamente afiliada al RPM de Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin efectuar descuento alguno ni siquiera a título de gastos de

Código Único de Identificación: 1100131050172020008601

Demandante: LIDIA ESPERANZA SÁNCHEZ CAMARGO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

administración, también, ordenó a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración o comisiones que en su momento descontó de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Así mismo, ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral, ordenando que, una vez materializado el retorno de la demandante al RPM, proceda a estudiar el derecho pensional de vejez con fundamento en las normas invocadas por la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

Señaló que para Porvenir S.A. no procede la condena por devolución de gastos de administración de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya que en el RPM también se destina un 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, gastos que no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al término de prescripción.

Precisó que, ordenar el traslado de estos gastos de administración a Colpensiones, configura un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues el artículo 113 de la Ley 100 de 1990 es claro al señalar cuáles son los dineros que deben ser trasladados cuando existe un cambio de régimen pensional.

Adujo que, como los gastos de administración no están destinados a financiar la prestación del afiliado, no pertenecen a este sino al fondo privado como contraprestación para incrementar el capital existente en la cuenta del afiliado y de mantenerse tal orden, debe entonces condenarse a la parte

demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, ya que así lo tiene decantado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de restituciones mutuas, uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del Código Civil en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, por cuanto la parte que recibe frutos de la relación contractual declarada nula, está en la obligación de restituirlos, pues de lo contrario se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa.

Indicó que, no se valoró que el consentimiento informado se materializó con la solicitud vertida en el formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, en el cual hizo consistir que la actora realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del RAIS, habiendo sido asesorada sobre los aspectos de este, entre otros, como lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, sin que se trate de una simple declaración incluida en el formulario de afiliación, sino de un requerimiento legal expresamente señalado, el cual se firmó por la demandante, persona capaz para obligarse.

Manifestó que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho de retracto a la demandante, conducta demostrada con la publicación que realizó en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004, como lo dispuso el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, sin que la actora ejerciera dicha facultad, conducta que no se valoró como una negligencia de su parte, adicionalmente, con la declaratoria de ineficacia se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada definida en la jurisprudencia constitucional en sentencia S-341 de 2006, vista como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento jurídico positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses y derechos de que son titulares y por ende, crear derechos y obligaciones siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

PROTECCIÓN S.A.

Indicó que, con la declaración de ineficacia conforme la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se pretende asumir que la afiliación al RAIS ha sido inexistente y por ello se presume que la demandante se mantuvo afiliada al fondo administrado por Colpensiones y, siendo ello así, se debe buscar una condena congruente con ese efecto que se persigue por las partes, por lo que se sugiere ubicarse en uno de dos escenarios, el primero puede ser asumir que la afiliación de la demandante al RAIS no existió y la consecuencia sería asumir la inexistencia de las situaciones que surgieron a la vida jurídica, como es el caso de los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual y los cobros por concepto de cuotas de administración y seguros previsionales, caso en el cual habría lugar a trasladar a Colpensiones las cotizaciones íntegras de la demandante, sin hacer descuento alguno por gastos adicionales y conservándose por parte de la AFP lo generado por concepto de rendimientos, reiterando que se debe hacer una aplicación uniforme de los efectos jurídicos de la declaración de ineficacia, por lo que es necesario asumir que no solamente es inexistente la afiliación al RAIS sino también todo lo que se generó como consecuencia directa de esta y una segunda opción, sería asumir que la afiliada se mantuvo ininterrumpidamente vinculada a Colpensiones y considerara que los rendimientos que se generaron en el RAIS se hubiesen podido generar en los mismos términos en el RPM y debería tenerse en cuenta que Colpensiones o el ISS hubiera descontado lo correspondiente a gastos de administración y seguro previsional, caso en el que sería procedente trasladar el capital y rendimientos, pero no los gastos de administración, pues esta es una suma de dinero que también se hubiese descontado por Colpensiones y trasladarla de manera conjunta implicaría un desconocimiento de los efectos jurídicos que trae consigo la declaración de la ineficacia y desconocer que Protección S.A.

descontó esas sumas de dinero en cumplimiento de un deber legal impuesto en la Ley 100 de 1993.

Señaló que la declaración de ineficacia implica el desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal y conservación del sistema, pues Protección S.A. debe usar sus propios recursos para el pago de estos dineros, cuando dicha AFP ha cumplido de manera cabal, eficiente y oportuna con los deberes fiduciarios que la demandada ha adquirido a lo largo de la afiliación de la demandante al RAIS, además, debe tenerse en cuenta que la demandante no ha sufrido detrimento alguno en su patrimonio y Colpensiones tampoco lo sufrirá, pues a esa entidad se están trasladando los rendimientos, los cuales superan significativamente lo que se descontó por gastos de administración, adicional a que esas sumas de dinero que no están llamadas a solventar la prestación económica a la que en algún momento tendrá derecho al demandante.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las demandadas, quienes reiteraron sus argumentos.

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

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por

resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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

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

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de

hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

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

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

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

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

acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. (...)”.

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

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

(...)

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

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

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

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

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

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el

esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

(…)”

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

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

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

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

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado por CAJANAL el día 09/03/1983 (fls. 14 a 20 Archivo 2020-086); **ii)** luego, estuvo afiliada a COLPENSIONES desde el 01/06/1997 (fls. 21 y 160 Archivo 2020-086); **iii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 23/02/1998 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 323 Archivo 2020-086); **iv)** efectuó traslado entre administradoras del RAIS, el día 28/08/2002 afiliándose a la AFP Santander – hoy Protección S.A. (fl. 197 Archivo 2020-086), y **v)** el día 11/09/2018 (fl. 30 a 31 Archivo 2020-086) solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante, el mismo fue negado.

Pues bien, a folio 323 del Archivo 2020-086 del expediente digital, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 23/02/1998 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, y ello demuestra la autonomía de la voluntad de la demandante, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, por lo que no es de recibo el argumento presentado

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

por Porvenir S.A., el cual señala que la declaratoria de ineficacia de traslado vulnera el mentado principio.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la AFP con la que se efectuó el traslado inicial, en este caso Porvenir S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que el formulario de afiliación de la demandante no fue señalado como nulo o inválido o tachado de falso, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado del accionante, esto es 23 de febrero del año 1998, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, a las AFP les era obligatorio entregar al posible afiliado información, en los términos señalados a lo largo de esta determinación, lo que, se reitera, no se cumple con el formulario de afiliación, sin que lo anterior signifique se esté imponiendo a la AFP a arrimar documento adicional a este, pues lo que se requiere es la demostración del cumplimiento del deber de información - a través de cualquiera de los medios probatorios consagrados en nuestra legislación.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la

demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Sánchez Camargo en el traslado que este realizó en el mes de febrero de 1998, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

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

Ahora bien, dicha **orden será extensiva a PORVENIR S.A.**, en lo que respecta a los gastos de administración y seguros provisionales, pues esta AFP en algún momento tuvo a su cargo la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante.

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, como lo arguye Protección S.A. en su recurso, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, se aplica a la **prescripción de los gastos de administración** y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS.

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

VII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas Protección S.A. y Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 1100131050172020008601

Demandante: LIDIA ESPERANZA SÁNCHEZ CAMARGO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 1100131050172020008601

Demandante: LIDIA ESPERANZA SÁNCHEZ CAMARGO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: LIDIA ESPERANZA SÁNCHEZ CAMARGO
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**017-2020-00086-01**

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, acompaño 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: **a3d334f84507b422c8647f75fb695f5db4c686ab7629dd3ca7a738b68d1b920d**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:54 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310502920200031101
Demandante: LUSBY ENITH MORENO CORTES
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 09 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **LUSBY ENITH MORENO CORTES** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a

Código Único de Identificación: 11001310502920200031101

Demandante: LUSBY ENITH MORENO CORTES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

finales del año de 1996 con la AFP Colmena hoy Protección S.A., así como el realizado a mediados de 1999 con Porvenir S.A..

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener ente sus afiliados a la actora en el régimen de prima media (en adelante RPM), como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (Archivo 008), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivos 009 y 010), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (Archivo 011), presentó contestación a la acción, oponiéndose a las pretensiones incoadas, luego de declarar que la mayoría de los hechos no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de mérito denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado al RAIS a través de la AFP Colmena – hoy Protección S.A., efectuado el 18 de octubre de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos; y a esta última a recibir los mentados valores y a actualizar la historia laboral de la actora.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que a la demandante se le suministró una información clara y suficiente sobre el régimen pensional y su libre escogencia se materializó con la firma del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado

de falsedad, en el cual, el actor expresaba su voluntad libre, espontánea y sin presiones de pertenecer al RAIS, habiendo sido asesorada sobre este y otros conceptos, conforme lo exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir, que no es una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino que es un requerimiento legal de una persona que se presume capaz para obligarse.

Manifestó que, Porvenir S.A. siempre garantizó el derecho de retracto conducta que se probó con la publicación que realizó en el diario El Tiempo en el año 2004, tal y como lo dispuso el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, sin que la actora ejerciera dicha facultad, lo cual no se valoró como una negligencia de su parte, debiendo valorarse así.

Finalmente, señaló que con la declaratoria de ineficacia de traslado entre regímenes se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad privada con la que contaba la demandante, definida en la sentencia constitucional C-341 del 2016 como el poder de las personas reconocido en el ordenamiento positivo para disponer de los intereses y derechos de los que son titulares, siempre que se respete el orden público y las buenas costumbres.

COLPENSIONES, solicitó modificar el numeral segundo de la sentencia proferida, adicionando la devolución de los gastos de administración a favor de Colpensiones, en el entendido que con la ineficacia declarada se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, en el entendido que el acto jurídico de afiliación jamás se llevó a cabo y por ello los gastos de administración deben devolverse a Colpensiones.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitieron los recursos de

apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible

acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a proporcionar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

(...)

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

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

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

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de

manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

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

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

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

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

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

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

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

(...)"

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

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

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

(...)

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

(...)"

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de**

Código Único de Identificación: 11001310502920200031101

Demandante: LUSBY ENITH MORENO CORTES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

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

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

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

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

una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 25/01/1988 (Fl. 24 archivo 01 y carpeta 010); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 18/10/1996 a través de la A.F.P Colmena hoy Protección S.A. (fl. 33 archivo 011); **iii)** realizó un traslado horizontal entre administradoras del RAIS a la AFP Horizonte el día 06/05/1999 (fl. 60 archivo 008); y **iv)** día 23/06/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 14 archivo 001 y carpeta 010).

Pues bien, a folio 33 del archivo 011 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 18/10/1996 con la A.F.P Colmena hoy Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, en uso de la autonomía de la voluntad, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, por lo que no es e recibo el argumento presentado por Porvenir S.A., el cual señala que la declaratoria de ineficacia de traslado vulnera el mentado principio.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que los fondos privados tienen la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el

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

cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que el formulario de afiliación de la demandante no fue señalado como nulo o inválido o tachado de falso, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 18 de octubre del año 1996, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído, en este caso no se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras y mucho menos se le está exigiendo allegar un medio de prueba en particular.

En cuanto al posible saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen

pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Moreno Cortes en el traslado que esta realizó en el mes de octubre de 1996, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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

declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha

Código Único de Identificación: 11001310502920200031101

Demandante: LUSBY ENITH MORENO CORTES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a las AFP accionadas Protección S.A. y Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

Código Único de Identificación: 11001310502920200031101

Demandante: LUSBY ENITH MORENO CORTES

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

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

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: LUSBY ENITH MORENO CORTÉS
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**029-2020-00311-01**

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, acompaño 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: **d4a5ac08caf6aaf5ccc914345635df8a21782d6c1e885059f851c4a94f5e9ba9**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:55 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 01 de diciembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIÉRREZ** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad del acto, solicitud o formulario que vinculó a la demandante con Porvenir S.A. el 30 de enero de 1995, así

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

como la ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS).

Como consecuencia de lo anterior, depreca se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes y rendimientos financieros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la actora; y a esta última a recibir dichos dineros.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PORVENIR S.A. (Archivo 05), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (Archivos 06 y 07), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado al RAIS, administrado por Porvenir S.A. y con ello la afiliación de la demandante el 30 de enero de 1995, declarando que se encuentra efectivamente afiliada al RPM a través de Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración; así mismo, ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de las sumas antes descritas y reactivar la afiliación de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., señaló que no comparte la decisión de primer grado, la cual manifestó como principal motivo el hecho que Porvenir S.A. no allegó al proceso pruebas adicionales al formulario de afiliación, donde constara la información que para ese momento se le brindó a la demandante, pues, si bien conoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha establecido que es carga de las AFP traer al proceso pruebas que demuestren esa información, no puede pasarse por alto que dicho precedente no puede aplicarse de manera indiscriminada y establecer obligaciones que legalmente no le eran exigibles a esa AFP al momento del traslado inicial de la demandante.

Manifestó que, si bien existía el deber de información, el mismo no ha sido desconocido, sin embargo, no se tenía la obligación de dejar documentos adicionales al formulario de afiliación, donde constara la información que se le dio a la demandante, pues para ese momento esta se brindaba de forma

verbal, pues la obligación de dejar documento adicional surgió a partir de la Ley 1748 de 2014, por ello, al ser el formulario un documento público, auténtico, que no fue tachado ni objetado por la parte demandante, cumplió con todos los requisitos que estaban vigentes para entender que el traslado surgió a la vida jurídica de forma válida y efectiva.

Precisó que en el interrogatorio de parte rendido por la actora, a la mayoría de preguntas contestó que no recordaba, situación que no puede ser asimilada a que la información no se le brindó, sin embargo, en otra serie de preguntas sí manifestó que se le informó con relación a ciertas particularidades.

Solicitó que, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se le absuelva de devolver las comisiones de administración, en primer lugar, porque es un concepto que se encuentra autorizado para descontar por parte de las AFP como consecuencia de la buena administración que esta ha ejercido de la cuenta de ahorro individual de la actora y que se ha visto materializada en el incremento del saldo de esta, en segundo lugar, porque devolver estas sumas de dinero implicaría el enriquecimiento sin causa de Colpensiones ya que, de haber estado afiliada la demandante a dicha entidad, se le habría generado otros descuentos porque el 3% de la cotización en ese régimen está destinado a financiar la comisión de administración, la pensión de invalidez y sobrevivientes, máxime cuando estas sumas de dinero no están destinadas a financiar la pensión de vejez y, como consecuencia de ello puede hablarse de la prescripción de estas sumas de dinero por ser un concepto de tracto sucesivo, en tercer lugar, porque la Ley 100 de 1993 y la Superintendencia Financiera han establecido que cuando procede el traslado nuevamente a Colpensiones, solamente deben devolverse las cotizaciones junto con los rendimientos, siendo ello así debido a que no hay ninguna norma que establezca la obligación de las AFP de devolver suma adicional a los conceptos anteriormente señalados, además, los efectos de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado

anterior, lo que implicaría no tener un contrato de afiliación entre la demandante y Porvenir S.A., consecuencia de lo cual no existe una administración y tampoco unos rendimientos, pese a ello, se aplican los efectos de la ineficacia de manera parcializada solamente para una de las partes de la relación contractual, específicamente para Porvenir S.A., sin que haya la misma obligación para la parte demandante, pese a que la ley es clara en establecer que, cuando se declara la ineficacia, ambas partes están obligadas a hacer restituciones mutuas, obligación que es desconocida en la sentencia apelada, pues dicha obligación no se le impone a la parte demandante.

COLPENSIONES, indicó que para el momento en que la demandante hizo la solicitud de traslado, ya se encontraba inmersa en la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003.

Precisó que los fondos privados solo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, máxime cuando, para el momento del traslado de la demandante no se exigía documento adicional al formulario de afiliación, en el que constaba la plena intención de pertenecer al RAIS.

Finalmente, señaló que, si bien las AFP tienen el deber de informar de manera clara y oportuna a la demandante, ello no la exonera de su deber de concurrir suficientemente ilustrada sobre el régimen del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la pensión de vejez, por ello, de manera subsidiaria y, en caso de confirmarse la decisión apelada, solicita se ordene la devolución de todas las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro

pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

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

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

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

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato

solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información(...)"

(...)"

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

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

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

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

(...)"

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen

una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 28/11/1990 (Carpeta 07); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 30/01/1995 a través de la A.F.P Porvenir S.A. (fl. 73 archivo 01 y 70 archivo 05); y **iii)** el día 16/01/2020 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D., no obstante el mismo fue negado (fl. 103 a 119 archivo 01).

Pues bien, a folios 73 del archivo 01 y 70 del archivo 05 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 30/01/1995 con la A.F.P Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

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

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

Ahora bien, frente a lo argumentado por Porvenir S.A. en su recurso, relativo a que la información brindada a los afiliados para el año 1995 se daba de manera verbal y que el formulario de afiliación de la demandante no fue señalado como nulo o inválido, debe decirse que, si bien en parte ello es cierto, dado que precisamente por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - lo cierto es que, no por el hecho de no existir para dicha fecha obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 30 de enero del año 1995, lo que da al traste los argumentos expuestos por las apelantes al sustentar sus recursos frente al particular, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído y, contrario a lo expuesto por la mentada entidad, no se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras y mucho menos se le está exigiendo allegar un medio de prueba en particular.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por las apelantes en sus recursos, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

En cuanto al tema de la carga de la prueba, como se dijo en la jurisprudencia arriba citada, en casos como el que hoy nos ocupa opera una inversión de la carga de la prueba ya que la afiliada no puede acreditar que no recibió información, correspondiendo así a la AFP, en este caso Porvenir S.A., demostrar el hecho positivo, esto es que sí brindó la información, ya que es dicha entidad quien está en posición de hacerlo, situación que, se reitera, no ocurrió en este caso, máxime cuando ha de recordarse que el deber de información se evalúa al momento del traslado inicial el cual, en este caso, se presentó con la AFP Porvenir S.A.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

demandada, en este caso PORVENIR S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Salamanca Gutiérrez en el traslado que esta realizó en el mes de enero de 1995, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, sin que sea necesario que la accionante demuestre la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio de casos como el que hoy nos ocupa no se hace en base a los vicios del consentimiento, resultando inane que la actora demuestre su existencia tal como lo pretende Colpensiones conforme los argumentos presentados en su recurso.

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

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

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

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

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

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

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

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

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO.- **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP accionada Porvenir S.A., la devolución de los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y cualquier otro recibido, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

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

TERCERO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A.

Código Único de Identificación: 11001310503320200005001
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIERREZ
Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: MARTHA ELENA SALAMANCA GUTIÉRREZ
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**033-2020-00050-01**

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, acompaño 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: **df728614b8bf1e1bdcf406ec6e575edec5963627c5a157b110a9af379f2ab57a**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:55 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11001310503920190083201
Demandante: CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO
Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada ponente.

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del formulario de afiliación que efectuó el traslado de régimen pensional el día 16 de agosto de

Código Único de Identificación: 11001310503920190083201

Demandante: CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

1994 con la AFP Protección S.A., así como el suscrito con Horizonte hoy Porvenir S.A. el 14 de septiembre de 2006.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condena a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones las cotizaciones o aportes de la accionante y que fueron recibidas, así como los rendimientos financieros y gastos de administración; y a esta última a recibir a la demandante en el régimen de prima media (en adelante RPM) como si nunca se hubiera trasladado.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

PROTECCIÓN S.A. (Carpeta 08), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (Carpeta 09), contestó la demanda, se opuso a las pretensiones incoadas, luego de declarar que no le constaban o no eran ciertos la mayoría de los hechos; en su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Finalmente, **COLPENSIONES** (Carpeta 10), contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la acción, tras declarar que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a quo* dictó sentencia **condenatoria**, declarando la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante a través de Protección S.A. con efectividad a partir del 01 de septiembre de 1994, así como la efectuada a Porvenir S.A. con fecha de efectividad a partir del 01 de noviembre de 2006.

Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con rendimientos y comisiones por administración, estas últimas debidamente indexadas, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a estas; así mismo,

ordenó a Colpensiones a recibir los dineros mencionados y reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A., solicitó revocar el numeral tercero de la sentencia, teniendo en cuenta que no existe una causa jurídica para ordenar la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que tanto en el RPM como en el RAIS se realizan estos descuentos como lo prevé el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y dando aplicación a esa norma es que Protección S.A. realizó dichos descuentos, además que se evidencia el buen manejo de la entidad con los rendimientos que se dieron durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a esa AFP.

Indicó que, debe tenerse en cuenta la naturaleza de los regímenes, pues no pueden equipararse los aportes al RPM con los efectuados al RAIS, en tal sentido, si las cosas deben volver al estado en el que se encontraban se podría hacer un cálculo de los aportes generados sin existir solución de continuidad dentro del RPM y en ese sentido ordenar a las AFP devolver esos conceptos, permitiendo mantener lo que excediera de ese monto, sin embargo, en este caso y respecto del precedente jurisprudencial que se analiza, pese a haber hecho el cambio de administradora esa AFP debe asumir unos costos de administración y no existe prueba de un detrimento en los aportes de la demandante porque estos generaron una rentabilidad que no genera Colpensiones.

Finalizó precisando que, el Acto Legislativo 01 de 2005 y la misma Ley 797 de 2003 crearon otras medidas como la prohibición legal de traslado cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir con la edad mínima de pensión, por lo que tampoco resulta condenar a una AFP a que asuma con cargo a su propio patrimonio esos gastos de administración.

PORVENIR S.A., expuso que la razón de la demandante para el traslado de régimen pensional es netamente económica como lo manifiesta en la demanda y en su interrogatorio de parte, “abusando” de esta figura “sólo para tener el régimen de pensión que le resulta más beneficioso”, adicionalmente, se pasa por alto la voluntad de la demandante en el RAIS, pues con su traslado horizontal recibió dos veces la información, además que realizó aportes voluntarios a Horizonte evidenciándose la voluntad de permanecer en el RAIS.

Adujo que, de confirmarse la sentencia, solicita se tenga en cuenta que Porvenir S.A. recibió a la afiliada de un traslado horizontal según lo establecido en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 obrando de buena fe, además, se revoque la decisión de devolver a Colpensiones los gastos de administración, ya que estos se encuentran regulados en el artículo 20 de la norma en cita, estableciendo este tipo de descuentos independientemente de si el afiliado se encuentra afiliado al RAIS o al RPM y una parte de sus aportes debía destinarse a gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, por lo que al declararse una ineficacia los efectos no se están dando en su totalidad, pues si ello fuese así no se le ordenaría a las AFP el traslado de los rendimientos ocasionados por la debida gestión de administración, adicionalmente, la demandante ha tenido, durante toda su afiliación, cobertura de los riesgos de invalidez o muerte y estas sumas fueron trasladadas a las aseguradoras y cumplieron con la finalidad misma de la cobertura del riesgo y ya no se encuentran en poder de Porvenir S.A., por ello, se torna improcedente la devolución de estos conceptos a Colpensiones, pues los aportes y rendimientos ya se trasladan actualizados, siendo ello casi que una doble condena y se pasa por alto que se trasladan los frutos que el dinero produjo. Finalmente, solicitó se aplique la prescripción a los gastos de administración.

COLPENSIONES, señaló que no debe declararse la ineficacia del traslado, en la medida que se pretende invalidar un acto válido y que produjo efectos jurídicos, tanto que la demandante efectuó aportes, adquiriendo obligaciones, por lo que no es posible su retorno a Colpensiones.

Solicitó tener en cuenta las sentencias SL 4944 del 2020 y SL 1061 del 2021 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se habla sobre los actos de relacionamiento, como lo es el traslado horizontal entre AFP del RAIS y en este caso se hicieron dos traslados, recibiendo la demandante dos asesorías.

Adujo que, la decisión de declarar la ineficacia afecta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución, pues genera una “situación caótica” que altera el pago de las pensiones de las personas que estaban afiliadas al RPM.

Manifestó que el Tribunal Superior de Bogotá, en su Sala Laboral, ha revocado algunas sentencias sobre este tema, bajo el argumento que el afiliado no está exonerado de su deber de informarse al momento de realizar el cambio de régimen pensional, pues cuenta con capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de ello dependerá su futuro pensional, además que Colpensiones no interviene en la decisión del afiliado al momento del optar por el RAIS ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría, pues la misma se estableció hasta el año 2014.

En caso de que se confirme la sentencia apelada, depreca se ordene a Protección S.A. y Porvenir S.A. reintegrar la totalidad de las cotizaciones y que Colpensiones no sea condenada en costas, pues nada tuvo que ver en el traslado hecho por la demandante a los fondos aquí encartados.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los (las) apoderados (as) de las demandadas Porvenir S.A: y Colpensiones, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

V. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera

que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

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

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

(...)"

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

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

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

(...)

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

Código Único de Identificación: 11001310503920190083201

Demandante: CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

(...)”

En posterior decisión, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

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

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

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

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

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

VI. DEL CASO CONCRETO.

En el expediente está probado que la activa **i)** se afilió al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 09/01/1990 (Fl. 14 archivo 01 y Carpeta 10- archivo 06); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 16/08/1994 a través de la A.F.P Protección S.A. (fl. 18 archivo 01 y fl. 20 carpeta 08); **iii)** realizó traslado horizontal entre administradoras del RAIS el 14/09/2006 a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 20 archivo 01 y fl. 23 carpeta 09), y **iv)** el día 15/11/2019 solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D. (fl. 30 archivo 01).

Pues bien, a folios 18 del archivo 01 y 20 de la carpeta 08, se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16/08/1994 con la A.F.P Protección S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, y ello demuestra la autonomía de la voluntad de la demandante, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹, por lo que no es de recibo el argumento presentado por Porvenir S.A., el cual señala que la declaratoria de ineficacia vulnera el mentado principio.

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

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

Ahora bien, ha de señalarse que por la libertad probatoria para acreditar el cumplimiento del deber de información el mismo puede acreditarse con medios probatorios distintos a “los documentos” - y por ello, no por el hecho de no existir para la fecha del traslado de la demandante la obligación de suscribir documentos adicionales al formulario de afiliación, dicho documento se torne suficiente para acreditar el deber de información al usuario. Evidente resulta que el formulario de traslado es solo el documento a través del cual se formaliza el acto de traslado, más con la simple suscripción del mismo no se suple el cumplimiento del deber de información consagrado desde la misma fundación de las AFP con la expedición de la Ley 100 de 1993². Adicionalmente obsérvese que el formulario arrimado no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contiene datos que la afiliada le suministró a la demandada. En el formato de afiliación aparece información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que, debió demostrarse el cumplimiento cabal del deber de información para la fecha del traslado de la accionante, esto es 16 de agosto del año 1994, lo que da al traste los argumentos

² (Arts. 97; Art. 13 literal b), 271 y 272) así como en el Decreto 663 de 1993 numeral 1.0, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, y las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal

expuestos por Porvenir S.A. al sustentar su recurso frente al particular, pues, tal y como se indicó en las consideraciones citadas en el presente proveído y, contrario a lo expuesto por la mentada entidad, no se está exigiendo el cumplimiento de normas inexistentes para dicha data, pues, en efecto sí existían normas que regulaban el deber de información para la fecha en mención, tales como la Ley 100 de 1993 en sus artículo 13 literal b), 271 y 272, así como el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, entre otras.

Frente al asunto relativo al saneamiento o ratificación del acto de traslado o los actos de relacionamiento, expuesto por las apelantes en sus recursos, ha de indicarse que como se expuso en la sentencia SL 1688-2019, arriba citada, la ineficacia es insaneable al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

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

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la *a quo* en cuanto a declarar la ineficacia del acto de traslado de régimen, de ahí que habrá de **CONFIRMARSE** el fallo en este sentido, pues tal como lo ha

manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso; a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, en este caso PROTECCIÓN S.A., al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora Gómez Londoño en el traslado que esta realizó en el mes de agosto de 1994, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones.

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

Código Único de Identificación: 11001310503920190083201

Demandante: CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

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

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

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

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

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

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades

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

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

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

Igualmente, contrario a lo señalado por Colpensiones, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019, de la que se extracta que no se descapitalizaría el fondo común o se afectaría el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tienen el deber de devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que se adjudican a la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término

trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la *prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional*, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Ahora bien, Colpensiones solicita se ordene a las AFP encartadas reintegrar la totalidad de las cotizaciones efectuadas por la demandante, lo cual, se hizo en la sentencia de primer grado.

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

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A.

VIII. DECISIÓN

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

Código Único de Identificación: 11001310503920190083201

Demandante: CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO

Demandado: COLPENSIONES Y OTRAS

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO.- **COSTAS** de la instancia a cargo de Porvenir S.A. y Protección S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: CLAUDIA MARÍA GÓMEZ LONDOÑO
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**039-2019-00832-01**

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, acompaño 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: **0fa11aff5dc52417da9abd270239e556ddaf19ac8b83984adb3af67e5ce22e2d**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:55 AM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS** promovió contra **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo del 09 de octubre de 2004 al 17 de enero de 2017; que la relación laboral terminó de forma unilateral y sin justa causa; que no se pagó de manera correcta el salario ante la omisión en el incremento salarial de 2014 y 2015, y en el porcentaje equivalente al I.P.C. Nacional al mes de enero de 2015 sobre el salario devengado al 30 de diciembre de 2015; que gozaba de estabilidad laboral

reforzada; que se le adeuda la suma de \$95'275.000 correspondiente al 50% insoluto del bono anual por resultados, objetivos y/o metas causado en el 2016; y que los auxilio de póliza de salud y medicina prepagada, el bono anual por resultados y/o metas, la mesada 13 son conceptos constitutivos de salario. Como consecuencia de lo anterior, solicita la diferencia salarial ante la falta de incremento de la asignación salarial para 2014 y 2015; indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; \$95'275.000 correspondiente al valor insoluto correspondiente al 50% del bono anual por resultados, objetivos, y/o metas causado en el año 2016; reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa y vacaciones; e indemnización moratoria.

Como fundamento relevante de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Se vinculó al servicio de la demandada el 24 de octubre de 2004 mediante contrato de trabajo a término indefinido; **2)** Devengaba un salario integral de \$14'300.000 y además de su salario devengaba, por el cumplimiento de metas, un bono anual. En suma, devengó una mesada adicional a las doce mesadas legales al año de \$31'320.000; **3)** Anualmente le era incrementado el salario, no obstante, la empresa se abstuvo de efectuar tal incremento en 2014 y 2015; **4)** Su último cargo fue el de Gerente General o Managing Director de la Región Andina; **5)** El último salario devengado fue la suma de \$32'320.000; **6)** Adicional a su salario, percibía póliza de salud por valor de \$359.168, y auxilio por medicina prepagada, \$984.605; **7)** Le pagaban cinco días de salarios en adición a sus vacaciones; **8)** Le reconocían un bono por objetivos, por metas y por resultados, así: 2016, 100%, (50%, \$95'275.000; saldo insulto, 50%, \$95'275.000); **9)** Empezó a padecer trastorno mixto de ansiedad y depresión en 2008, enfermedad que se agudizó en octubre de 2016; **10)** El 02 de noviembre de 2016, notificó su estado de salud y el tratamiento médico recomendado para su recuperación; **11)** Su estado de salud obedecía a los altos niveles de estrés; **12)** Ante la situación

aludida, el 02 de noviembre de 2016 se le concedió vacaciones; **13)** A su retorno, se cambió toda la estructura jerárquica y se determinó el retiro de algunos trabajadores que eran determinantes en el funcionamiento de la empresa; **14)** Desde el 03 de noviembre de 2016 se efectuaron al interior de la empresa, prácticas de acoso laboral, lo que hizo saber al Departamento de Recursos Humanos Local y Corporativo de la sociedad demandada; **15)** El 16 de enero de 2017 se le terminó su contrato de trabajo; **16)** se encuentra en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante la E.P.S. Sura; y **17)** No se incluyó para liquidar la indemnización por despido injusto y las vacaciones, el valor del bono por incentivo por resultados y/o cumplimiento de metas, la mesada 13, beneficio de la póliza de salud, y medicina prepagada.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S. (fls. 287 a 306), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo; inexistencia de estabilidad laboral reforzada; la bonificación anual y los auxilios extralegales de póliza de salud y medicina prepagada eran no constitutivos de salario; inexistencia de obligación de incrementar salarios; mala fe del demandante e imposibilidad de alegar su propia culpa; buena fe y pago completo de la liquidación definitiva de salarios, vacaciones, e indemnización; compensación; prescripción; y la innominada.

Aceptó que el actor estaba vinculado laboralmente a su servicio; que devengaba un salario integral de \$14'300.000 y una mesada trece; que tenía a su cargo la Región Andina de la empresa; que el último cargo fue el de Gerente General o Managing Director de la Región Andina; que se le pagaban cinco

días más de vacaciones; y que instauró tutela que fue negada por el juez constitucional. No aceptó los demás hechos.

Así mismo presentó **demanda de reconvención** (fls. 1 a 6 del cuaderno de la demanda de reconvención), la que, con base en los hechos narrados pretendió la declaratoria de un contrato de trabajo con MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS del 25 de octubre de 2004 al 17 de enero de 2017; quien ostentó el cargo de Gerente General; que MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS tenía la obligación y el deber de lealtad frente a ésta de velar por el adecuado funcionamiento de la compañía, así como la obligación de velar por el cumplimiento de todos los asuntos de carácter laboral de los trabajadores de la empresa; que el reconvenido suscribió y recibió diferentes bonificaciones por mera liberalidad, las cuales no eran salariales, por acuerdo expreso; que omitió de forma consciente y de la mala fe advertir que consideraba que las bonificaciones no salariales que se le reconocían sí tenían carácter salarial; que tenía a su cargo la nómina de salarios de personas vinculadas a la empresa, incluyéndolo a él mismo; que sabía que las pólizas de seguros y de medicina prepagada no eran salariales; que la demanda fue promovida con base en una situación y hechos creador por culpa del mismo MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS; y que se condene a pagar, el monto de las condenas que se puedan imponer dentro del presente proceso, así como los daños y perjuicios, incluyendo los honorarios del abogado en que ha debido incurrir la compañía para su defensa.

MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS (fls. 176 a 181), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción, falta de causa, buena fe de mi defendido, inexistencia de incumplimiento alguno, abuso del derecho al proceder con total ausencia de fundamento y propósito, y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 31 de enero de 2022, dictó sentencia favorable al demandante en la que luego de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 25 de octubre de 2004 hasta el 17 de enero de 2017, condenó a la sociedad **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**, a pagar al demandante la suma de \$18'642.243 por concepto de reliquidación de vacaciones de manera indexada a la fecha de pago y la suma de \$9'914.781 por concepto de reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa de manera indexada a la fecha del pago. Absolvió de las demás pretensiones y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, inexistencia de discapacidad al momento de la terminación del contrato de trabajo e inexistencia de estabilidad laboral reforzada, inexistencia de obligación de incrementar salarios y no probadas las demás.

Negó las pretensiones de la demanda de reconvención, declarado probadas las excepciones propuestas por el reconvenido y condenó en costas respecto de la demanda principal y la de reconvención a cargo de **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**

En síntesis, luego de valorada la prueba la A quo encontró acreditada la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 25 de octubre de 2004 al 17 de enero de 2017; adujo que de la misma demanda se puede establecer que sí existió un incremento salarial para el año 2014, y que si bien no hubo aumento para 2015, lo cierto es que no existía obligación de efectuar este, al ser superior al salario mínimo legal; que le correspondía al empleador acreditar que los conceptos de medicina prepagada, pólizas de hospitalización, y salario adicional, eran salario, carga que no se acreditó, por lo que, en consecuencia deben ser tenidas como retributivos del

servicio; así como lo relativo al bono anual, pues este se pagaba por el desempeño general de la empresa; que dicho desempeño era evaluado por los superiores, y dependía de los resultados de la empresa y la consecución de metas, especialmente de ventas, incluyendo otros aspectos, como dirección, implementación de proyectos, estrategias, ambiente organizacional, entre otras; que frente a la suma de \$95'275.000 correspondiente al bono anual de 2016, no obstante, no se demostró que el demandante hubiera acreditado tener derecho al mismo, pues si bien obra la matriz de la anualidad aludida, esta debía ser autorizada por el Presidente de Latinoamérica para su pago, sin que obre documentación alguna al respecto; que operó la prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 02 de abril de 2015, pues se demandó el mismo día y mes de 2018; que por lo anterior, hay lugar a reliquidar las correspondientes vacaciones causadas desde el 25 de octubre de 2014- sobre 20 días-, e indemnización por despido sin justa causa; que no se incluye en la reliquidación de indemnización por despido injusto, mesada adicional y bono anual, pues estos no se pagaron para el año 2017; que no hay lugar a indemnización moratoria, pues no se reconocen valores por concepto de salario y prestaciones sociales, no obstante, las condenas se deben pagar debidamente indexadas; que los rubros que se tuvieron como constitutivos de salario no fueron una invención del actor, se pagaban de conformidad por lo dispuesto por el Presidente Regional, quien además evaluaba el correspondiente rendimiento; que la obligación de conocer que un rubro tenga connotación salarial se encontraba en cabeza de la empresa, y el trabajador únicamente cumplió los lineamientos de la empresa, por lo que no resulta próspera la demanda de reconvención; que no existe prueba suficiente que permita establecer que el demandante no podía ejercer sus funciones como Gerente General, así como tampoco de que su situación fuese de conocimiento público, por lo que, en consecuencia no es posible predicar que el contrato de trabajo finalizó por el estado de salud del demandante; que la sola consulta que el actor tuvo en medicina interna, no quiere decir

que la empresa conocía de que padecía de una patología, pues no existen incapacidades ni recomendaciones, por demás que no obra documental alguna en la que se establezca que la empresa conocía la situación del demandante previo a tal consulta; que el dictamen de pérdida de capacidad laboral establece una fecha de estructuración que es posterior a la terminación de su contrato de trabajo; que aunado a lo anterior, cuando el trabajador retornó de vacaciones, transmitió su deseo de laborar, por lo que, no se colige que tuviera una enfermedad de tal grado que le impidiera trabajar; y que no se demostró pagó alguno por los conceptos objeto de condena para que haya lugar a declarar la excepción de compensación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

LA PARTE ACTORA, manifestó que se debe pagar el reajuste del salario de 2015, ya que para todos los trabajadores de la empresa durante ese año hubo aumento salarial, lo que puso de presente en interrogatorio de parte la representante legal de la demandada; que en relación con la reliquidación de vacaciones, al tenerse en cuenta los rubros de medicina prepagada, póliza de seguro, y bono anual, como salario, es claro que la liquidación superaba la cuantía objeto de condena, por demás que se excluyó el valor de la mesada 13, pese a que este valor se le pagó a la demandante, por demás que también es factor de salario la suma de \$190'550.000- de los que sólo se pagó el 50% al trabajador-; que aunado a lo anterior, la prescripción de las vacaciones tienen un régimen exceptivo, pues no se debe contabilizar desde la fecha en que inicia sino cuando se causa; que el bono de 2016 era por \$190'550.000, no obstante, únicamente se pagó el 50%, lo obvio era que se pagara en forma total, que está confesado por la representante legal de la demandada que sí se tenía derecho al bono, luego, era la sociedad demandada la que debía demostrar que no se tenía derecho al bono porque no se acreditaron los presupuestos para su concesión; que del testimonio de Mario Castro se logra establecer que el actor fue excluido de sus

funciones dos-tres mesas atrás, salió a vacaciones en noviembre, y no sabía que lo iban a despedir; que los \$95'275.000 son una suma salarial; que si existía alguna duda, el vacío se debió llenar con los principios que inspiran el derecho laboral, como el indubio pro operario, por manera que al no allegarse las metas o proyectos que no se cumplieron al 100%, habría lugar a su reconocimiento en forma total; que las vacaciones debían pagarse teniendo en cuenta el valor aludido, pues debieron ser devengados a la fecha de la terminación del contrato de trabajo; que lo anterior, también aplica a la indemnización por despido sin justa causa, por lo que debe ser reliquidado; que hay lugar a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que, el demandante presentaba situaciones de extrema gravedad, con su situación mental y de ansiedad, era a la persona que se le delegaba la gerencia de la empresa; que del dictamen pericial es dable establecer que desde 2004, el actor presentaba su situación de salud mental, y que en 2013, se agravó, por demás que el actor tiene un pérdida de capacidad laboral superior al grado moderado; que los testigos además de tener contradicciones, eran el abogado de la compañía y la persona que gerencia recursos humanos; que la testigo Martha Guarín hizo alusión a algunos trámites que se tuvieron con la E.P.S. Sura; que la indemnización se debe liquidar teniendo en cuenta el salario al finalizar la relación laboral por parte del demandante; que se debe pagar indemnización moratoria, puesto que se omite que se adeuda por concepto de bono de 2016, \$95'275.000, en suma, a que se evidencia la mala fe de la empresa, pues inexplicablemente se dejó de pagar, por demás que tampoco se hizo el incremento salarial de 2015; y que para efecto de las costas de la demanda de reconvención se debe tener en cuenta el actuar de la demandada, de quien se advirtió que utilizaba ese tipo de mecanismos para amedrentar al demandante.

LA PARTE DEMANDADA, adujo que la medicina prepagada, póliza de hospitalización, y la mesada adicional, no son constitutivos de salario, ya que se efectuó un pacto de

desalarización en el contrato de trabajo, hacían parte de un plan de beneficios que se quiso reconocer al accionante, por demás que se trata de un reembolso en los gastos que el actor incurriría por tales conceptos; que por lo anterior, dichos rubros no aumentaban el patrimonio del accionante; que en diversos otrosí se estableció el carácter no salarial de los rubros aludidos, con lo que estuvo de acuerdo el demandante al suscribir los mismos; que los rubros aludidos se pagaban por mera liberalidad, no estaba atado en lo más mínimo al servicio que ejecutaba al actor, incluso se pagaban en periodos de vacaciones; que por lo anterior, no habría lugar a la reliquidación de vacaciones e indemnización por despido sin justa causa; que si bien el demandante era Gerente General, no tenía a su cargo las funciones especificadas de cada una de las dependencias de la empresa, pues sus funciones eran gerenciales, supervisión, y reporte a sus superiores, por lo que, no es dable tener el bono anual como salarial; que el ebidta no es una meta que tuviera el demandante de forma individual, sino que es corporativa, general, que debía cumplir toda la empresa, lo que se logra extraer de diversas comunicaciones y/o correos electrónicos allegados al plenario; que el demandante era la primera persona convencida en que las bonificaciones no eran salario, pues era quien preparaba las matrices, ayudaba en el establecimiento de esos presupuestos, y luego se presentaban al Presidente de Latinoamérica para su aprobación, por demás que así lo comunicaba a su equipo de trabajo, según prueba testimonial; que lo que importaba era el cumplimiento de los objetivos organizacionales, financieros, y/o comerciales, no el rendimiento del actor; que el bono se pagaba como consecuencia de las utilidades que se lograba por parte de la empresa; que las evaluaciones individuales que se realizaba a cada trabajador no impactaban en el pago del bono anual; que de tenerse en cuenta el valor salarial del bono anual, se debe observar que su pago estaba restringido a unos porcentajes; que frente a la suma de \$95'275.000, las evaluaciones se hacían en marzo- abril del siguiente año, por lo que, al momento del despido no se había

realizado su correspondiente estudio, bono que no se causó, y que por demás no era salarial, sino de mera liberalidad; que por lo anterior, no se debió tener dicho valor para reliquidar las vacaciones; que las partes son deudores recíprocos, pues se le pagó un bono salarial por \$31'320.000, de modo que, se deben compensar; y que debe ser próspera la demanda de reconvención, pues durante los 12 años, en ningún momento el actor presentó inconformidad frente que las bonificaciones eran salario, que este era el que hacía una evaluación preliminar de las metas de la compañía y solicitaba la forma de pago de estas bonificaciones, sin discutir la naturaleza de tales beneficios.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar si había lugar a incrementar el salario del actor para la anualidad 2015; si los rubros denominados medicina prepagada, póliza por hospitalización, mesada 13, y bono anual son salario; si hay lugar al pago de la diferencia correspondiente al bono anual de 2016 por la suma de \$95'275.000; si se calculó en debida forma

la reliquidación de las vacaciones y de la indemnización por despido sin justa causa; si es plausible el pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; si es razonable compensar el valor pagado por concepto de bono no salarial reconocido al momento de darse por terminado el contrato de trabajo del demandante; si se debe reconocer indemnización moratoria; si hay lugar a reconocer daños y perjuicios a favor de OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A., en virtud de la demanda de reconvención que presentó; y si es factible modificar la condena en costas;

DEL CASO EN CONCRETO.

Lo primero por resaltar es que no existe controversia o está acreditado en juicio lo relativo a la existencia del contrato de trabajo que ató a las partes, sus extremos temporales; el cargo desempeñado por el demandante, la celebración de otrosí al contrato de trabajo, disponiéndose que dentro del plan de beneficios no constitutivos de salario del actor, se pagarían los siguientes rubros: plan de salud del trabajador (referente a medicina prepagada), póliza de hospitalización, bonos sodexo, gasolina, y peajes (fls. 36 a 38); así como la modificación introducida al mismo el 11 de diciembre de 2015, disponiéndose, aunado al plan de salud del trabajador (referente a medicina prepagada), la póliza de hospitalización, tarjeta débito gasolina, el pago de un salario adicional (medio óptico de folio 496); la finalización del contrato de trabajo del demandante el 17 de enero de 2017 de forma unilateral por parte del empleador sin justa causa, devengando un salario integral por la suma de \$31'320.000 (fls.35, 50 y 51); el dictamen rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 10 de julio de 2019, confirmándose el diagnóstico de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, esto es, que el actor padece de “trastorno mixto de ansiedad y depresión” de origen laboral (fls. 566 a 576); y finalmente que el 12 de agosto de 2020, se estableció por parte de COLMENA SEGUROS que el porcentaje de pérdida de

capacidad laboral del actor es del 17,60%, así como que la fecha de estructuración es el 20 de junio de 2018 (fls. 624 y 625)

Adicional a la prueba obrante a folios 26 a 272, 307 a 496, 519 a 521, 566 a 576, 580 a 600, 603, 609, 622 a 625, y 641 a 646 y el cuaderno de la demanda de reconvenición comparecieron en calidad de testigos los señores **Iván Ernesto Cardona Restrepo, Mario Castro Leal, y Martha Lilia Guarín Camargo**, quienes señalaron:

Iván Ernesto Cardona Restrepo dijo que conoció al demandante en el contexto de su contratación como trabajador de la demandada, porque era el asesor laboral de esta; que desde hace unos 15 o 17 años lo contactó la compañía para que rindiera un concepto sobre temas laborales; que después continuó asesorando algunos temas; que Marcelo Cuzcuna, un superior jerárquico desde la perspectiva corporativa de la demandada, le contó que la compañía había tomado la determinación de despedir al demandante; que el señor Cuzcuna no se entendía bien con el demandante, y por ello, se determinó que había lugar a la terminación del contrato, pues su desempeño de la compañía en los últimos tiempos no era el mejor; que le pidieron revisar el caso del demandante, su carpeta, cuánto valdría la liquidación, y los escenarios; que se hizo un proyecto de liquidación, y la empresa quiso ofrecerle al demandante una suma de dinero adicional a título del plan de retiro; que acompañó la reunión en la que se terminó el contrato de trabajo del actor, en la que el señor Cuzcuna le informó el despido, las razones, el demandante pidió \$1.500'000.000 adicionales a su liquidación; y al no estar de acuerdo se procedió al despido ; que no vio nada del estado de salud del actor, así como tampoco en su carpeta; que a final del año 2016, el actor presentó un documento diciendo que tenía como un tema de ansiedad, y lo que se acordó fue que el actor se tomaría unas vacaciones largas; que el día que fue despedido el demandante mencionó algo respecto de su estado de salud, y le explicó que no era procedente; que desde la firma del contrato

laboral el actor sabía qué tenía como salario, había una cláusula de exclusión salarial genérica, que después se firmaron varios otrosí; que al final del año la compañía revisaba sus números, y de acuerdo con eso, autorizaba el pago de una suma de dinero para repartir entre todos los empleados a título de mera liberalidad; que lo anterior dependía de cómo le había ido a la compañía en términos generales; que esas bonificaciones se entregaban a mucha gente, desde la Secretaria, el Mensajero, hasta el Gerente General y el Gerente Financiero; que para el pago de bonificaciones, armaban como un cuadro, incluso mandaban una propuesta para que fuera que aprobada, pero era si les iba bien ; que para el pago de ese bono tenían que llegar a un número, pero no sabe qué criterio específico o detallado había; que no había una política de bonificaciones; que esos pagos dependían de si la compañía tenía un dinero para repartir entre sus empleados y no estaba ligado a un cumplimiento; que hubo una época donde habían unos rubros, vehículos, en temas de salud, peajes, y auxilios Sodexo.

Por su parte, **Mario Castro Leal** dijo que conoce al demandante porque aquel fue su jefe en 2004; que era asesor externo del área comercial de la demandada; que estuvo hasta octubre de 2016; que su esposa toma unos medicamentos mensuales que en Ecuador valían la mitad, entonces como viajaba frecuentemente los traía, circunstancia que le comentó al demandante, y este le pidió el favor que si le podía comprar un medicamento para un tratamiento que tenía; que durante dos años le compró todos los meses un medicamento al demandante, quien le dijo que estos eran porque tenía mucho estrés, y estaba siendo medicado; que lo anterior, pasó entre 2013 y 2015; que respecto al salario el staff, todos los septiembres, hacía una reunión de planeación estratégica, donde se definían unos objetivos específicos para cada persona con lo que los evaluaban, y les pagaban una parte importante del salario; que lo anterior también salía lo de los bonos trimestrales o anuales dependiendo de lo que se definiera en el corporativo; que desde el Gerente

General hasta todos los miembros del staff tenían esa parte de bonificaciones; que una vez se cumplía el semestre o el año había una evaluación por parte del demandante y el señor Zampini, donde definían el cumplimiento de cada uno de los objetivos, y sobre eso se pagaba un bono anual; que el bono era un 90 y el 110% del objetivo, y se reconoce de acuerdo al porcentaje de cumplimiento; que estaba pegado a una tabla económica, “de modo que si cumplía el 90% me daban \$1’000.000, el 100%, \$10’000.000, y si alcanzaba el 110%, me daban \$50’000.000 más o menos”; que todo era por objetivos, por desempeño, todo era un tema muy objetivo, muy de números y de resultados; que los bonos se calculaban por las ventas; que luego de que salió se enteró por gente del staff que al demandante le estaban haciendo la vida imposible, lo que también se enteró porque habló con él, y le dijo que le habían quitado funciones, que le empezaron a hacer la vida complicada en su trabajo, y luego, supo que lo sacaron a vacaciones, y cuando volvió lo despidieron; que los bonos siempre se medían de acuerdo a su desempeño; que del staff para abajo no recibían bonificaciones, solamente recibían una bonificación si la compañía le iba muy bien, este no era por objetivo sino general, por los resultados de la compañía; que la matriz era aplicable para el demandante; que le consta lo anterior, porque la matriz tenía difusión a todo el mundo; que los bonos se pagaban más o menos en marzo del año inmediatamente siguiente, cuando ya se habían logrado los resultados, que después de hacer la evaluación de los resultados, se determinaba en una reunión cuáles de los objetivos se lograron y cuáles no, se miraba la tabla y de acuerdo a estos resultados se definía el valor de la bonificación; y que le entregaban el resultado de la evaluación con el bono.

Finalmente, **Martha Lilia Guarín Camargo** adujo que ingresó a la demandada el 01 de diciembre de 2011 con contrato directo, pero anteriormente brindaba asesorías; que las asesorías las hizo desde 2008; que conoce al actor desde 2008, era el Gerente General; que la desvinculación del demandante se dio en

enero del 2017 por temas corporativos, hubo cambio de regional; que para ese entonces era Gerente de Recursos Humanos; que en el mes de noviembre del 2016 recibió una carta en donde decía que el actor estaba asistiendo a citas médicas, pero antes, nunca; que la carta decía que el actor se encontraba asistiendo a unos exámenes médicos en la EPS Sura; que con tales citas no había un diagnóstico final, sólo el presunto diagnóstico de ansiedad; que en ese momento se puso en conocimiento a la empresa la carta, y el demandante salió a vacaciones; que adicional al salario, el demandante tenía una póliza hospitalaria, una póliza médica, medicina prepagada, un salario adicional, y 5 días más de vacaciones, y lo que tenían todos que era el bono anual; que el salario adicional era una bonificación; que hay unos bonos gerenciales y unos que se daban a todo el personal; que variaba el porcentaje para la parte gerencial o los líderes de proceso, que era 20% del salario anual y para los trabajadores era hasta un salario anual; que el pago de los bonos dependía de los indicadores organizacionales, indicadores financieros ventas, ebitda y otros, resultados generales de la empresa durante el año inmediatamente anterior; que para dichos bonos habían objetivos generales de la organización, se accedía a este porque estaba sumando las ventas, el ebitda, los resultados organizacionales; que el bono no dependía del desempeño individual, sino general de los resultados generales; que la persona podía acceder al bono independientemente que tuviera una buena evaluación de desempeño, sólo era necesario que se cumplieran los objetivos generales; que el presidente de Latinoamérica, verificaba el valor de la bonificación, tenía que autorizarlo; que el presidente de Latinoamérica era Zampini; que el actor no podía pagar sin autorización de Zampini porque siempre estaba eso de por medio la autorización del regional; que los bonos se pagaban en febrero, como en marzo dependiendo de la autorización de la regional; que los bonos tienen la misma naturaleza, lo que pasa es que difieren en la manera como se ponderan, para las personas de staff el 20% de un salario anual y para las otras personas, un salario máximo mensual; que hubo un año en el que no se

cumplieron los objetivos, y al demandante se le pagó un 50%; que el actor no reportó nada en su salud, empero, la situación médica que trajo se puso en conocimiento de la presidencia de LATAM, era la primera vez que recibía eso de él; que la carta del 03 de noviembre era del actor, no obstante, antes no había ni siquiera incapacidad; que de la E.P.S. no recibió nada; y que nunca vio al demandante, “*desatinado*”.

Pues bien, conforme la prueba recaudada, sea lo primero señalar frente al **incremento de la asignación salarial para el año 2015**, que nuestro órgano de cierre ha establecido de tiempo atrás que son las mismas partes, bien individualmente, ora de forma colectiva, las llamadas a convenir tales aumentos, pues no existe en el ordenamiento jurídico una norma que obligue o faculte al juez disponer sobre ello, como sí la hay para el salario mínimo, artículo 148 del C.S.T. Ver sentencia del 13 de marzo de 2001, rad. 15405, Reiterada, entre muchas otras, en las sentencias del 10 de marzo de 2009, rad. 33387, 01 de marzo de 2011, rad. 36058, SL7384-2014, SL16925-2014, SL8079-2015, SL8683-2015 y SL43227-2016, SL4703-2019, y SL2784 de 2021.

Por tanto, al devengar el demandante un salario superior al mínimo para el año 2015, \$29'000.000, según lo expuesto en el hecho 11 de la demanda, no le asistía obligación alguna al empleador del aumento que aquí pretende, por demás que no se observa que el actuar del empleador resulte discriminatorio, pues no se encuentra acreditado que algún otro trabajador tuviera sus mismas condiciones laborales, y que tuviera una mejor remuneración a la expuesta, pues es ante tal escenario que le corresponde al empleador justificar la razonabilidad del trato diferencial.

En cuanto a los **factores salariales**, se hace necesario indicar respecto de la póliza de salud, y la medicina prepagada, que según los desprendibles de nómina obrantes a folios 142 a 297, dichos rubros se pagaban mensualmente, por lo que, es

posible aseverar su habitualidad, y en tal sentido, era necesario que el empleador demostrara que su finalidad no era la retribución directa del servicio prestado por el demandante sino contribuir a que las labores por él desarrolladas se pudiesen prestar de una forma más eficiente.

Así las cosas, la Sala se remite al otro sí del contrato de trabajo celebrado el 01 de septiembre de 2010 visible a folios 36 a 38, en el que se dispone que el demandante tendría derecho a un portafolio de beneficios, entre los que se encontraba: *“Plan de Salud Medicina Prepagada Colmédica del Grupo Familiar contrato No. 29022431”, y “Póliza de Hospitalización No. 814704 adquirida con la empresa aseguradora Seguros de Vida Suramericana”.*

De esta manera, en un principio podría pensarse que los aludidos rubros, no tenían como fin retribuir los servicios del trabajador, pues en tal escenario podría entenderse que se trata de un “beneficio” para dotar al trabajador y a su grupo familiar de un servicio apropiado de salud, y que por ende, no ingresaba al patrimonio del trabajador, no obstante, en la cláusula segunda del referido contrato se dispuso que *“El beneficio de Plan de Salud Medicina Prepagada del Grupo Familiar y la Póliza de Hospitalización consisten en que el empleador **reembolsará** al trabajador en su nómina mensual, el noventa por ciento (90%) del valor del pago de ambos rubros, cuyo valor inicial es el indicado en la cláusula anterior”.* Por tanto, tales conceptos eran cancelados directamente al trabajador, lo que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta las nóminas de folios 142 a 197, 370 a 388, y 420 a 495, en donde se observa el pago a favor del trabajador mes a mes.

Así mismo, destaca la Sala que la mera denominación de “medicina prepagada” o “seguro por hospitalización”, no son suficiente para considerar que no eran retributivas del servicio del demandante, pues en la realidad, es dable determinar que por

el contrario, eran habituales, y que tenían como finalidad retribuir los servicios del trabajador.

Por otra parte, y en lo que respecta al **salario adicional del año**, encontramos que en el medio óptico de folio 496, obra otro sí al contrato de trabajo, en el que se establece el rubro aludido; documento en el que nada se dijo en relación a su origen u objetivo, o cual era la función de su creación, simplemente se acordó el pago de un salario adicional de manera anual; por manera que, al no darse una denominación más allá de ser salario, es dable tenerlo como tal. Al punto, en sentencia SL1738-2021, se dijo:

(...) “Esta Corporación ha sentado, también como se explicó al resolver el recurso de casación, que aun cuando existe un pacto de desalarización entre las partes, que no tiene un fin específico y que se reconoce con habitualidad, **puede entenderse como retributivo del servicio a falta de cualquier medio para desvirtuar su condición salarial (CSJ SL8216-2016). Lo anterior porque la parte demandada omitió su deber de demostrar que el bono otorgado a la demandante no tenía una connotación retributiva del servicio, pues solo se limitó a indicar que el artículo 128 del CST permitía pactar la desalarización de algunos rubros recibidos por el actor, sin indica en qué consistía el bono otorgado o de dónde provenía.** (Negrillas por la Sala).

En lo que respecta a los **bonos de objetivos resultados y/o metas**, encuentra la Sala que el accionante refirió al absolver **interrogatorio de parte** que en la compañía existían dos tipos de bonificaciones, una, que se otorgaba a todos los trabajadores de toda la compañía que de acuerdo con los abogados era de mera liberalidad y no constituía salario, y otro, los bonos por objetivos resultados y/o metas que eran constitutivos de salario, eran para los gerenciales, y este se pagaba a él como Gerente General y a las siete personas que tenían personal a su cargo y que pertenecían al staff; esta declaración se encuentra acorde a la propuesta visible en el correo electrónico que obra el medio óptico de folio 603, en donde se le informa al actor:

“Me complace confirmar nuestra conversación telefónica de esta tarde por la cual estamos ofreciendo la posición de director gerente general de OTTO BOCK HEALTH CARE ANDINA con fecha

Demandante: **MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS.**

Demandado: **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**

inmediata de inicio (cualquier momento entre el 6-9 de octubre de 2004) A pesar de algunas partes del acuerdo necesitan ser clarificadas los siguientes son los principales puntos:

1. Compensación un salario base inicial de USD\$ 65,000 por año convertidos a pesos basado en la tasa de cambio de su fecha de inicio.
2. Bono basado en desempeño de USD\$ 20,000 por año al 100% de cumplimiento. La cantidad de US dólares será convertida a pesos, como en el numeral #1 anterior. El cuarto actual será prorrateado. El pago será hecho durante la primera semana del segundo mes después de finalizar el desempeño del periodo (...)"

Ahora bien, advierte la Sala que frente al bono aludido, no se evidencia suscripción de pacto no salarial entre las partes del cual se pueda advertir que era el querer de ambas excluirlos como factor salarial, por lo que, en principio sería dable establecer su carácter de salarial; sin embargo, considera la Sala que para darle tal connotación previamente es necesario determinar si se pagaba o no como contraprestación del servicio.

Al respecto, se tiene que, en lo referente a los testigos comparecientes, es clara la divergencia en sus declaraciones, pues mientras **Iván Ernesto Cardona Restrepo y Martha Ligia Guarín**, señalaron que los bonos al personal de staff o gerencial se otorgaban por el cumplimiento de objetivos de carácter general donde no se evaluaba o no tenía injerencia el desempeño individual del demandante, el testigo **Mario Castro Leal**, declarante de la parte actora, refiere que el staff tenía unos objetivos específicos que se evaluaba y de donde se determinaba el pago de los bonos.

En ese orden de ideas, y acudiendo al principio establecido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto es, la libre formación del convencimiento, la Sala considera que aunque los testigos Iván Ernesto Cardona Restrepo y Martha Ligia Guarín señalaron que los bonos pagados al personal de staff o gerencial se otorgaban por el cumplimiento de objetivos de carácter general donde no se evaluaba o no tenía injerencia el desempeño individual del demandante, lo cierto es que obra documental en

el expediente de la que se puede establecer razonablemente que dicho bono se pagaba como consecuencia de la consecución de objetivos específicos, en este asunto, del Gerente General.

En efecto, en la matriz de los bonos de los años 2010 a 2014 visibles en el medio óptico de folio 603, y en las documentales de folios 641 a 646, se relacionan metas que debía alcanzar la Región Andina para lograr la consecución del bono de acuerdo a la evaluación efectuada por el Presidente de la Regional, y en cada uno de ellos, se establecen los objetivos individuales alcanzados por el trabajador; es así como para el año 2009, se señala que se logró implementar plan aprobado en Venezuela balanceando riesgos y oportunidades de negocios, desarrollar estrategias regional de largo plazo construyendo alianzas estratégicas, implementación exitosa en el sistema ERP, proyecto para convertir un centro de competencia desarrollando un modelo de negocios consistente; en 2010, mejorar ambiente organizacional; en 2011, mejorar trabajo en equipo regional, implementar proyecto movilidad, desarrollar e implementar plan; y en 2012: mejorar el gerenciamiento operación local alineada dentro del Reg/Corp, proyecto Kamex, y desarrollar desempeño en Perú.

Lo anterior cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que en el correo electrónico del 06 de marzo de 2014, el demandante le manifiesta al señor Wilson Zampini *“adjunto encontrará la propuesta de bonos para Andina de acuerdo a los resultados 2013 y a las evaluaciones individuales de los miembros del personal. Yo he hecho una autoevaluación de mí mismo sólo para tener una cifra preliminar para ver el impacto en el total de la provisión. Yo esperaré su luz verde para proceder al pago en marzo como es usual”*, a lo que respondió el señor Zampini el 25 de marzo de 2014, señalando que *“En ventas estoy manteniendo la flexibilización para lograr 85% como hiciste para el personal tuyo, considerando el reto para llegar a los números; In Mobility todavía estoy reconociendo 90% porque en marketing, me parece que*

necesitamos una mayor agresividad en el mercado; En Perú y Ecuador todos nosotros esperamos que en 2014 finalmente podemos implementar las operaciones en todos los sentidos; En general agradezco mucho el compromiso con la búsqueda del resultado, mismo con las dificultades de lograr los targets de ventas; Con relación a tu personal, no cambié tu propuesta y tengo solo un comentario adicional: Clima Organizacional: no puedo evaluar el sistema de medición que llegó a ese factor 4. Pero en mi percepción personal esa es un área que necesita mejorar mucho y me gustaría que la responsable por el área pueda saber mi opinión y estoy abierto para hablar de eso con ella en el futuro” (medio óptico obrante a folios 521 y 603). Por ende, es claro que si bien se evaluaba la operación de la regional Andina, también existían evaluaciones individuales de los miembros de la compañía, que estaban determinada por su propio desempeño.

En un sentido similar, en correo del 14 de febrero de 2008 del señor Ernesto Smith como Director de la sociedad demandada le señala al demandante, se lee: *“Mario, Felicitaciones – si los resultados auditados confirman los números de ganancias y pérdidas EBITDA para 2007, usted ha maximizado el potencial de bonificación para 2007. Tenga en cuenta que el límite corporativo máximo de bonificación de 40% al pago base se ha alcanzado. Como gerente de Área para 2006 y 2007, yo en ambos casos he autorizado el pago por encima del 40%. Con nuestro desplazamiento de Región para reportar directamente a Alemania, el límite (cualquiera que sea) tendrá que observarse en el futuro. Según lo acordado, también he incluido el bono de German para 2007 sin monto adicional (...) Nuevamente, felicitaciones por maximizar una vez más los resultados de Andina y su bonificación” (fl.645); de modo que, nuevamente lo que se resalta son los resultados del demandante como Gerente General.*

Así las cosas, considera la Sala conforme al recuento efectuado de la prueba documental allegada que el bono anual sí tenía una retribución directa al desempeño de la labor que

desplegaba el actor, pues la labor desplegada era incluso evaluada por el Presidente de la Regional Andina, esto es, en un inicio Ernesto Smith y luego, Wilson Zampini.

En este punto, es menester aclarar que para la Sala **no es dable predicar que el bono en estudio era una mera liberalidad** por objetivos generales y de cara a las utilidades de la compañía, pues como quedó visto, existían logros individuales que eran evaluados, y que surgían del desempeño del demandante, los que en todo caso no resultaban ajenos a los objetivos de la compañía, pues ciertamente al ostentar la calidad de Gerente General, su desempeño pendía de lo que hiciera toda la compañía, es por ello, que dentro de las metas alcanzadas se hacía alusión a funciones que preponderantemente tienen que ver con la dirección de la gerencia general, tales como, implementación de proyectos, alianzas estratégicas y ambiente organizacional, entre otros.

De igual manera, resulta menester precisar que si bien el actor, en su condición de Gerente General, suscribió cartas remitidas a los demás gerentes concediendo el pago del bono como no constitutivo de salario, y defendía que los aludidos bonos no eran salario, lo cierto es que tal situación no tiene la incidencia para concluir que dichos rubros en realidad no constituían salario, pues el carácter remuneratorio emana de la posibilidad de que estos rubros tengan como fin retribuir directamente los servicios prestados, lo que en este caso, se encuentra demostrado, por demás que, al ejercer el demandante un cargo gerencial, claramente la posición que debía tener ante los demás trabajadores, era la misma posición de la empresa.

Finalmente, no considera la Sala que el demandante tuviera la suficiente injerencia para considerar que ostentaba la calidad de socio y trabajador, pues si bien contaba con potestades administrativas y societarias, que concomitantemente le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad (puntualmente participar en las deliberaciones del pago del bono

Demandante: **MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS.**

Demandado: **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**

anual) y en la administración de la empresa, lo cierto que su cargo pendía del direccionamiento que se realizara desde la Regional Andina, es así como las matrices que presentaba para el reconocimiento de los respectivos bonos a favor de los trabajadores a su cargo estaban sujetas a lo que dispusiera el Presidente de dicha regional, por lo que, en ese orden de ideas, no podría deprecarse que estaba su cargo la responsabilidad de pagar los bonos como si fueran constitutivos de salario.

Corolario de lo dicho hasta este punto, la medicina prepagada, la póliza de hospitalización, el salario adicional, y el bono anual serán tenidos como salario; misma decisión a la que arribó la A Quo, por lo que, en tal sentido, su providencia se considera acertada. En consecuencia, se procede a verificar si hay lugar al pago del 50% bono anual del año 2016.

Del 50% del bono anual por resultados objetivos y metas causado en el año 2016.

Por otro lado, reclama el demandante la suma de \$95'275,000 correspondiente al bono anual por resultados objetivos y metas causados en el año 2016. Al respecto, en el medio óptico de folio 603 obra la matriz de resultados del bono 2016, en donde se consigna como valor del bono total, la suma de \$190'550.000, de los cuales el actor recibió \$95'275.000.

Pues bien, observa la Sala que al darse por finiquitado el contrato de trabajo se determinó que dicho valor se pagaba por “bono anual por objetivos compañía” (fl.96), no obstante, no se encuentran acreditados los objetivos y metas que el demandante debía alcanzar, consecuencia de la prestación de su servicio como Gerente General para determinar si tenía derecho al 100% del mismo.

Ciertamente, en el plenario ni siquiera obra comunicación dirigida por el actor al presidente en la que presente la propuesta

para el reconocimiento del bono, como tampoco los requisitos que debía cumplir para que procediera el pago del bono; recuérdese que de conformidad con el testimonio de Mario Castro Leal, respecto al salario del staff o nivel gerencial todos los septiembres se hacía una reunión de planeación estratégica, donde se definían unos objetivos específicos para cada persona, y que les pagaban el bono por el cumplimiento de estos; y que cuando se cumplía el semestre o el año había una evaluación por parte del demandante y del Presidente de Latinoamerica, donde se definía el cumplimiento de cada objetivos, y se pagaba el bono anual; por lo que, era imprescindible que se hubiera acreditado el cumplimiento de los objetivos para el año 2016, para determinar si el demandante era acreedor al bono.

En consecuencia, y dado que no se demostró los objetivos para que hubiera lugar al pago del bono de 2016, no hay lugar al pago de una suma adicional; misma conclusión a la que arribó la A Quo, por lo que, se confirmará.

De la indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Debe recordarse que la máxima autoridad de la justicia ordinaria en su especialidad laboral, a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina encaminada a establecer *“que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho, que permita deducir a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador que su despido obedeció a un móvil sospechoso”*, para señalar que *“el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada”*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el

despido se reputará ineficaz; doctrina que reiteró en la sentencia SL711-2021.

Descendiendo al caso, encuentra la Sala que el 10 de julio de 2019, rindió dictamen la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, confirmándose el diagnóstico de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el que se estableció que el actor padece de “trastorno mixto de ansiedad y depresión” de origen laboral, no obstante, no hizo alusión a fecha de estructuración ni a pérdida de capacidad laboral (fls. 566 a 576); luego, el 12 de agosto de 2020, COLMENA SEGUROS rindió dictamen señalando que el demandante presentaba pérdida de capacidad laboral del 17,60%, y que la fecha de estructuración era el 20 de junio de 2018 (fls. 624 y 625), fecha que como se puede observar nítido señala una fecha de estructuración de 1 año, 5 meses, y 4 días, después de ocurrido la terminación del contrato de trabajo, por lo que, si bien es cierto alcanza un porcentaje del 17,60%, dicha prueba es insuficiente para determinar por sí sola si tal pérdida de capacidad laboral la tenía el actor para el momento del finiquito contractual.

Es así como la Sala se remite a la historia clínica que fue evaluado por el grupo médico de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, las pruebas específicas que tuvo en cuenta dicho organismo datan del 20 y 25 de enero, 13 y 28 de marzo de 2017, y 13 de junio de 2019, todos posteriores a la fecha de terminación del contrato de trabajo, 17 de enero de 2017. Igualmente, dicho dictamen establece que la patología del demandante se inició en 2008 y que se agravó en 2013, no obstante, no determina si para tal fecha si se alcanzaba el porcentaje de pérdida de capacidad laboral para que el actor fuera sujeto de especial protección ni tampoco se desprende de prueba alguna una condición de notoriedad de una patología que permitiese suponer el conocimiento del empleador de un padecimiento o disminución de salud por parte del trabajador.

En consecuencia, para la Sala existe la imposibilidad de afirmar, de manera certera, que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que presentaba la accionante al momento del su despido era igual o superior al 15%, pues se carece de elementos de juicio que permitan concluir tal situación, de modo que en tales condiciones, no puede hablarse de discriminación en el despido basada en una disminución en la condición que configure la protección especial prevista en la Ley 361 de 1997, y en consecuencia, también se absolverá de tal pedimento.

Liquidación vacaciones e indemnización por despido sin justa causa.

Aclarado lo anterior, y conforme a los factores salariales a tener en cuenta para efectos legales, el demandante tiene derecho a la reliquidación de las vacaciones sobre 20 días de salario, pues según lo aceptó la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, al promotor de la litis le concedían cinco días adicionales de vacaciones a los 15 establecidos en la ley.

Previo a efectuar la liquidación se ha de estudiar previamente la excepción de **prescripción** propuesta por la pasiva, conforme a lo establecido en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., según los cuales los derechos laborales prescriben transcurridos tres años contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles.

Ahora bien, para contabilizar la prescripción de la reliquidación de las vacaciones, se debe tener en cuenta para su contabilización el momento en que se pagaron cada una de estas, pues a partir de ese instante, es que era dable solicitar su reajuste, pues ciertamente existe la posibilidad que un trabajador acumule vacaciones y se paguen con posterioridad a su causación (artículo 190 del C.S.T.), en consecuencia y dado que la demanda se radicó el 02 de abril de 2018 (fl.274), en consideración al término prescriptivo de tres años de que tratan

los artículos 488 y 489 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S., sólo es dable exigir la reliquidación de las vacaciones pagadas **con posterioridad al 02 de abril de 2015.**

En cuanto a la indemnización por despido sin justa causa, no operó dicho fenómeno, como quiera que se la terminación del contrato data del 17 de enero de 2017, y como se señaló, la demanda se presentó el 02 de abril de 2018, esto es, dentro del término de tres años.

Ahora, y previo a calcular el valor de las correspondientes diferencias de las vacaciones, se hace necesario determinar el **valor del salario**, para lo que se debe tener en cuenta: salario básico integral, medicina prepagada, auxilio póliza de salud, salario adicional al año en una doceava parte, bonificación por cumplimiento de metas y/ objetivos en una doceava parte, devengados a la fecha que correspondía el disfrute de cada uno de los periodos de vacaciones.

Sentadas las anteriores premisas, se tiene que a partir de abril de 2015 se pagaron 8 días de vacaciones en junio de 2015, **\$8'377.778** (fl.183); 4 días en diciembre de 2015, **\$4'188.889** (fl.184); 8 días en junio de 2016, **\$8'996.244** (fl.191); 23 días en noviembre de 2016, **\$25'864.778** (fl.196); 25 días en diciembre de 2016, **\$28'113.889** (fl.197); y 4,66 días de vacaciones pendientes al momento de finalizar el contrato por valor de **\$5'240.429** (fl.96).

Se observa entonces que para los 12 días pagados en junio y diciembre de 2015 se tuvo como salario básico en dicha época la suma de \$29'000.000; medicina prepagada, \$915.912; auxilio póliza salud, \$359.168; salario adicional al año en una doceava parte, \$2'416.166,67; y bonificación por cumplimiento de metas de 2014 en una doceava parte, \$11'100.000 (fls.182 a 184), para un total de **\$43'791.246,67**; de modo que, por dicho periodo de

Demandante: **MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS.**

Demandado: **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**

vacaciones se debió pagar la suma de **\$17'516.498,67**, por lo que, se adeuda la suma de **\$4'949.831,67**.

Así mismo, se tiene que para los 48 días pagados en noviembre y diciembre de 2016, se tiene que en el salario básico de la época, era la suma de \$31'320.000; medicina prepagada, \$984.605; auxilio póliza salud, \$501.241; salario adicional al año en una doceava parte, \$2'416.666,67 (fls.186, 196 y 197); y bonificación por cumplimiento de metas de 2015 en una doceava parte, \$7'014.583,33 (fl.189), para un total de **\$42'237.096**; de modo que, por vacaciones (48 días) se debió pagar la suma de **\$67'579.353,60**, por lo que se adeuda la suma de **\$13'600.686,60**.

Finalmente, frente a los 4,66 días pagados en enero de 2017, se tiene que el salario básico de la época, era la suma de \$31'320.000; medicina prepagada, \$1'077.157; auxilio póliza salud, \$501.241; salario adicional al año en una doceava parte, \$2'610.000 (fl.96); y bonificación por cumplimiento de metas de 2016 en una doceava parte, \$7'939.583,33 (fl.189), para un total de **\$43'447.981,33**; de modo que, por la fracción se debió pagar por concepto de vacaciones (4,33 días) la suma de **\$6'270.991,97**, por lo que se adeuda **\$1'030.562,97**.

Por tanto, se tiene que se adeuda un total de **\$19'581.081,24**, valor superior al dispuesto por el A Quo, con el que presentó inconformidad la activa, por lo que se MODIFICARÁ la sentencia en tal sentido.

En relación a la **indemnización por despido sin justa causa**, se entiende de conformidad con lo señalado en el artículo 64 del C.S.T. que el salario que se toma como base para liquidar la indemnización es el que devengaba el trabajador al momento de ser despedido, aclarándose que le asiste razón a la A Quo, al señalar que de conformidad con la sentencia SL4743- 2018, en

caso de salario variable, el promedio que se toma es el del último de servicio, y no el de los 12 meses que anteceden.

En ese orden de ideas, el salario a tener en cuenta es el del año en que se dio por terminado el contrato de trabajo, enero de 2017, periodo en el que, el salario básico fue \$31'320.000; medicina prepagada: \$1'077.157; auxilio póliza salud: \$501.241 (fl.96)

No se incluyó la bonificación por cumplimiento de metas de 2016 en una doceava parte por \$7'939.583,33 ni el salario adicional al año en una doceava parte \$2'610.000, pues si bien dichos emolumentos se **pagaron** dentro de la liquidación de prestación sociales en 2017 (folio 96), estos ítems se **causaron** en 2016, y no por servicios prestados en 2017 (fl.189); respecto del último ítem en mención se aclara que si bien no aparece expresamente en la liquidación de folio 96, se entiende que es el rubro que aparece como "bono adicional no salarial" dentro de la aludida liquidación, por demás que se pagaba en enero de cada anualidad; misma razón por la que sea dicho de paso no es dable declarar la **excepción de compensación**.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta que la relación laboral se extendió desde el 25 de octubre de 2004 hasta el 17 de enero de 2017, es decir, 12 años, 2 meses y 19 días, y que no se incluyó en la liquidación \$1'077.157 por medicina prepagada y \$501.241 por auxilio póliza salud, esto es, un total de **\$1'578.398**, y que se debían pagar **188,29 días** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, por diferencias de la aludida sanción se debe pagar la suma de **\$9'906.639,67**, valor ligeramente inferior al dispuesto por el A Quo, que en todo caso no se modificará en atención a que dicho rubro no fue apelado por la pasiva y se conoció en virtud de la apelación del demandante.

Indemnización moratoria.

El actor persigue el reconocimiento por concepto de indemnización moratoria, solicitud que no está llamada a prosperar, en atención a que el artículo 65 del C.S.T., contempla dicho pago ante la falta de pago por parte del empleador de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador al momento de la relación laboral y en el presente asunto no se reconocen ni salarios ni prestaciones sociales.

De la demanda en reconvención.

En atención a las condenas hasta ahora impuestas y sobre las cuales se presentó demanda de reconvención, es necesario advertir que, aunque el demandante ostentaba el cargo de Gerente General, y en efecto tenía la obligación de velar por el cumplimiento de todos los asuntos de carácter laboral de los trabajadores, no puede declararse que las bonificaciones recibidas lo fueron por mera liberalidad, de conformidad con las consideraciones vertidas en líneas anteriores.

Aunado a ello, no es posible concluir que la demanda promovida por el señor BUENDIA ARENAS resulta caprichosa o sea consecuencia de hechos creados por su culpa, como quiera que la bonificación anual cancelada por la sociedad demandada, no fue creación o invención del demandante, por el contrario, lo que se denota es que era el Presidente Regional de la sociedad, los señores Ernesto Smith y Wilson Zampini, los que establecían objetivos, recuérdese que según el correo visible en el medio óptico de folio 603, fue la misma empresa la que determinó el pago de un *“Bono basado en desempeño de USD\$ 20,000 por año al 100% de cumplimiento. La cantidad de US dólares será convertida a pesos, como en el numeral #1 anterior. El cuarto actual será prorrateado. El pago será hecho durante la primera semana del segundo mes después de finalizar el desempeño del periodo (...)”*

En ese orden, considera la Sala que, si bien el actor fungió como Gerente General de la compañía, también lo es que era un subordinado más de la misma, y aunque éste fue quien propuso el valor del bono y tenía a su cargo la nómina de la empresa, también lo es que no fue éste quien lo estableció como factor no constitutivo de salario, debía ser aprobada tal situación por el superior jerárquico, el Presidente Regional, que es sobre quien recae la responsabilidad laboral de haber protegido los derechos laborales de los empleados..

Del mismo modo, se insiste que el actor pese a su calidad de Gerente General estaba subordinado, cumplía y acataba las órdenes de sus superiores, y por el hecho de no haber advertido a la empresa que lo que recibió si constituía salario, no es dable endilgarle ningún tipo de responsabilidad, máxime cuando los mismos testigos y concretamente Iván Ernesto Cardona Restrepo, asegura en su calidad de asesor legal que los emolumentos en cuestión no hacían parte el salario, entonces tampoco nada tenía que advertir el actor basado en su convencimiento para la época en que perduró la relación laboral.

De igual manera, no puede entenderse que, por el hecho de que en las cartas dirigidas a los demás gerentes se indique por parte del demandante que el bono no constituía salario, sea dable establecer su responsabilidad, pues se reitera, el actor como subordinado efectuaba los pagos conforme a las órdenes de la Presidencia Regional, y en últimas si bien era quien velaba por la nómina, la determinación o no del pago del bono anual no era de su libre potestad.

No resta mencionar que el actor aportó concepto laboral emitido por Iván Cardona Restrepo del 16 de octubre de 2013 dirigida a Mario Buendía y Martha Guarín respecto a la revisión de la carpeta del señor Julio Guerrero (folio 531), en el que indicó que las bonificaciones anuales podrían tener una connotación salarial, en virtud de que se otorgaban teniendo en cuenta el

Demandante: **MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS.**

Demandado: **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**

desempeño individual del empleado, por lo que podría alegarse que la bonificación debió tenerse en cuenta para la liquidación y pago de vacaciones mediante proceso ordinario laboral con una probabilidad de éxito del 50%.

En consecuencia, no sale adelante la demanda de reconvención, pues no se denota que hubiera sido el actuar del demandante quien generó la condena que hoy se impone.

VII.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: – MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de establecer que se debe pagar por concepto de **reliquidación de vacaciones** la suma de **\$19'581.081,24.**

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,

Demandante: **MARIO HERNÁN BUENDÍA ARENAS.**

Demandado: **OTTO BOCK HEALTHCARE ANDINA S.A.S.**



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto parcial

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **SANDRA LILIANA MORALES TORRES, VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, y JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA** promovió contra **ECOPETROL S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, SANDRA LILIANA MORALES TORRES, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA, y VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO solicitan la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 21 de agosto de 2007 al 04 de noviembre de 2015, 07 de noviembre de 2012 al 04 de noviembre de 2015, 21 de julio de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

2008 al 21 de julio de 2015, 16 de abril de 2007 al 04 de noviembre de 2015, y 04 de septiembre de 2007 al 09 de septiembre de 2014, respectivamente; que se encuentran afiliados a la Asociación Sindical de Profesionales de Ecopetrol S.A.- ASPEC; y que se dio terminación a su contrato de trabajo pese a que estaban afiliados a ASPEC y se mantenía un conflicto colectivo desde el 29 de mayo de 2014. Como consecuencia de lo anterior, solicita la ineficacia de los despidos y, por ende, su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, primas y demás beneficios extralegales, con los respectivos ajustes legales y convencionales que le han dejado de pagar, desde su despido hasta que se haga efectivo su reintegro.

Como fundamento de sus pretensiones los demandantes argumentaron que: **1)** Ingresaron a laborar en las fechas aludidas en las pretensiones; **2)** Se encontraban afiliados a ASPEC, lo que sí fue debidamente informado a su empleador; **3)** ASPEC presentó pliego de peticiones el 29 de mayo de 2014; **4)** El 14 de julio de 2014 se inició la etapa de arreglo directo para lo cual los sindicatos de la empresa – ASPEC, USO, ADECO, y SINDISPETROL, se presentaron como unidad negocial; **5)** La etapa de arreglo directo se prorrogó el 31 de julio de 2014, y finalizó el 22 de agosto de 2014, fecha en la que la USO celebró una Convención Colectiva de Trabajo con la demandada, en la que se incluyó a ADECO y a SINDISPETROL, no obstante, no se llegó a ningún tipo de acuerdo con ASPEC; **5)** El 25 de agosto de 2014 ASPEC solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento al Ministerio de Trabajo, no obstante, el 01 de octubre del mismo año, éste solicitó información adicional a ASPEC para determinar si había fracasado la etapa de arreglo directo; **6)** El 21 de octubre de 2014, el Ministerio de Trabajo solicitó las actas para determinar el fracaso de la etapa de arreglo directo, acta que fue remitida por ASPEC el 06 de noviembre del mismo año; **7)** El 25 de noviembre de 2014, el Ministerio de Trabajo exhortó a ASPEC y a ECOPETROL S.A. para que suscribieran las actas de terminación de la etapa de arreglo directo, concediendo un término de ocho días hábiles para el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

efecto; **8)** El 04 de diciembre de 2014, ASPEC remitió las correspondientes actas; **9)** El 17 de marzo de 2015, el Viceministro de Relaciones Laborales e Inspección del Ministerio del Trabajo mediante Resolución 00963 de 2015 resolvió no acceder a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para efectos de estudiar y decidir el conflicto colectivo de trabajo existente; **10)** Interpuso los recursos de reposición y apelación, no obstante, mediante las Resoluciones 03015 del 06 de agosto de 2015 y 00963 de 03 de noviembre de 2015, se confirmó el acto administrativo inicial; **11)** Fueron despedidos entre el 21 de julio y el 04 de noviembre de 2015; **12)** Elevaron reclamaciones ante su empleador el 10 de noviembre de 2015, a las que se dio respuesta negativa el 17 del mismo mes y año; **13)** El 12 de enero de 2016 se solicitó audiencia de conciliación judicial ante Procurador Judicial Delegado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, como requisito para interponer demanda contra los actos administrativos del Ministerio del Trabajo; y **13)** El 02 de febrero de 2016 promovió demanda ante la Sección Segunda del Consejo de Estado.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

ECOPETROL S.A. (fls. 344 a 352), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación.

Aceptó los hechos relativos a que los demandantes laboraron mediante contrato de trabajo a término en los extremos temporales señalados en la demanda, ; la fecha de presentación del pliego de peticiones por parte del sindicato ASPEC; la fecha en la que se prorrogó la etapa de arreglo directo en la que participó ASPEN; la suscripción de la convención colectiva de trabajo con la USO; la fecha en la que el Ministerio de Trabajo exhortó al sindicato ASPEC y a ECOPETROL S.A., para que suscribieran las actas de terminación de la etapa de arreglo directo; la negativa por parte del Viceministro de Relaciones

Laborales e Inspección del Ministerio del Trabajo de acceder a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, los recursos interpuestos por el sindicato y las resoluciones que confirman la negativa por parte de la cartera ministerial, finalmente la fecha en que los demandantes elevaron solicitud al empleador -10 de noviembre de 2015,- así como la respuesta negativa de éste.

Negó que los demandantes estuvieran afiliados al sindicato ASPEC al momento de la presentación del pliego de peticiones por parte de dicho sindicato, indicando que su afiliación fue posterior, lo que constituye un abuso del derecho.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 01 de diciembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, luego de advertir que se encontraba probado que los demandantes laboraron para la demandada; la fecha de terminación de todos los contratos el 4 de noviembre de 2015; la afiliación de los demandantes a la organización ASPEC; la presentación del pliego de peticiones por parte de ASPEC el 29 de mayo de 2014; la negativa del Ministerio del Trabajo a acceder a la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio para efectos de estudiar y decidir el conflicto colectivo de trabajo existente, por cuanto se celebró convención colectiva de trabajo entre la demandada y diversos sindicatos; así como que en la negociación aludida participó ASPEC y los recursos interpuestos ante la negativa del Ministerio y la confirmación de la decisión de no convocar a Tribunal de Arbitramento por parte del Vice Ministro de Relaciones Laborales, ; y que conforme lo antes probado, la negociación colectiva – dijo - culminó con la suscripción de la convención colectiva de trabajo, y en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

consecuencia los demandantes no gozaban de fuero circunstancial al momento de su despido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que una autoridad judicial no debe acogerse a lo dispuesto por una decisión del Ministerio de Trabajo cuando esta puede ser abiertamente inconstitucional; que en el uso de la autonomía sindical, las organizaciones sindicales decidieron comparecer como una unidad negocial, en procura de que cada una de las participantes conservara e hiciera prevalecer sus propios intereses particulares en la suscripción de una convención colectiva o laudo arbitral; que cada sindicato tiene la titularidad para actuar por sí solos, y obtener un resultado que no es otro que la suscripción de una convención colectiva de trabajo o el laudo arbitral; que no es dable considerar que la celebración de una convención colectiva de trabajo los cobijó, pues no se presentó en conjunto con los demás sindicatos un único pliego de peticiones; que la convención colectiva suscrita no reúne ni agrupa el sentir de todas los sindicatos; que la negociación se llevó de manera individual con cada sindicato, tan es así que el empleador asignó diferentes mesas negociadoras para atender a cada sindicato; que en la empresa puede adelantarse un conflicto colectivo con independencia de si existen convenciones colectivas suscritas por otro sindicato, de modo que cada organización sindical puede adelantar sus propios mecanismos para llegar a un acuerdo; y que actualmente existe demanda de los actos administrativos del Ministerio de Trabajo, por lo que, en ese sentido es dable considerar que la negociación colectiva no ha terminado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las

partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si los demandantes gozaban de fuero circunstancial al momento de ser finiquitado su vínculo contractual, y si como consecuencia de ello deben ser reintegrados al cargo que venían desempeñando o a uno de superior categoría.

Del fuero circunstancial.

De dicho mecanismo de protección gozan los trabajadores que presentan un pliego de petición a su empleador, e impide que este los despida sin justa causa durante las etapas de la solución del conflicto. Este beneficio está contenido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 que a la letra reza:

“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto.”

En relación con el conflicto colectivo de trabajo, este *“nace a la vida jurídica con la presentación del pliego de peticiones, ya sea por la organización sindical o por los trabajadores no sindicalizados, así como que el mismo genera consecuencias inmediatas tales como el inicio de la etapa de arreglo directo y el nacimiento de figuras que propenden por la protección del derecho*

de asociación sindical y la estabilidad en el empleo, verbigracia, el fuero circunstancial¹” (ver también CSJ SL3429-2020, CSJ SL, 23 nov. 2010, rad. 33677 y CSJ SL229-2019, CSJ SL1974-2018, CSJ SL16788-2017, SL14066-2016 y SL6732-2015).

En cuanto a la *duración* del conflicto colectivo, en sentencia **SL4072-2021** la Sala de Casación Laboral explicó, que si bien en principio el fuero circunstancial opera durante la negociación colectiva y se mantiene hasta que se termina el conflicto, el mismo no es indefinido y debe existir un interés de las partes en finiquitarlo, de manera que, si el empleador no inicia las correspondientes negociaciones, deberá la organización sindical promover las acciones correspondientes - administrativas o judiciales - para forzar las conversaciones e impulsar el proceso de la negociación, pues de lo contrario se entiende que declinó de sus pedimentos.

Por otra parte, y en casos donde se ha estudiado la posibilidad de reintegrar concretamente a trabajadores afiliados a ASPEC como consecuencia del pliego de peticiones que presentó este el 29 de mayo de 2014 al demandado, la aludida corporación en sentencias SL5537-2021 y SL1443-2022, ha considerado que dichos trabajadores **gozaron de fuero circunstancial hasta cuando quedó en firme y se notificó la decisión del Ministerio de Trabajo de negar la convocatoria al Tribunal de Arbitramento**, pues a partir de este momento emergió un acto oponible y exigible, que obligaba a las partes involucradas. En la primera de las sentencias referidas asentó:

“Es claro entonces que Aspec asintió hacer parte de la negociación unificada. No obstante, dicha decisión no forzaba a la organización a aceptar todo o parte de los resultados del proceso, ya que como se dijo, se trató de un conflicto colectivo en el que los intereses en disputa podían ser diversos.

Por su parte, en el expediente aparece el acta de 22 de agosto de 2014, en la cual los representantes de Ecopetrol dan cuenta de la terminación de la etapa de arreglo directo con Aspec (f.º 99). Igualmente, no hay discusión en el hecho de que la organización

¹ SL 4323 de 2021.

sindical solicitó ante el Ministerio de Trabajo la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio, acto llevado a cabo el 25 de agosto del mismo año, es decir, dentro del plazo de que trata el artículo 444 del CST (f.º 35).

Además, la Coordinadora del Grupo Interno de Trabajo de Relaciones Laborales, dispuso inicialmente, mediante auto de 25 de noviembre de 2014, conminar a las partes para que dieran estricto cumplimiento a las formalidades propias de la etapa de arreglo directo (f.º 35 a 39). Sin embargo, la misma autoridad, a través de proveído del 30 de enero de 2015, revocó la decisión anterior y resolvió seguir adelante con el trámite de la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento (f.º 97 a 98).

Acto seguido, a través de la Resolución n.º 963 de 17 de marzo de 2015, el Viceministerio de Relaciones Laborales e Inspección, negó la petición impetrada por el Sindicato (f.º 40 a 41). Dicho acto administrativo fue objeto de los recursos en sede administrativa que se desataron a través de las Resoluciones n.º3015 del 6 de agosto de 2015 (f.º 42 a 45) y n.º 4463 del 3 de noviembre de 2015 (f.º 46 a 57), que confirmaron lo decidido.

En este último acto administrativo, para negar la convocatoria del tribunal de arbitramento se argumentó:

(...)

En este orden, la razón principal del Ministerio de Trabajo, para negar la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, fue el haberse llevado una negociación unificada bajo los lineamientos del Decreto 089 de 2014, que culminó con la convención colectiva depositada el 12 de septiembre de 2014 ante esa cartera.

Dicha tesis es contraria a los lineamientos de esta Sala, como arriba se expresó, por cuanto, la participación en una negociación unificada no conlleva la aquiescencia del sindicato a lo acordado por las otras partes en conflicto y, por tanto, no inhibe la posibilidad de seguir adelante con el procedimiento colectivo en aquellos puntos no resueltos, esto es, a través de la huelga o la solicitud de un Tribunal de Arbitramento, según corresponda. En este punto, es importante destacar, que si bien el juez del trabajo y la seguridad social no desconoce la presunción de legalidad de los actos administrativos, estos no lo atan y, por ende para formar su convencimiento puede apoyarse en ellos o en otros medios de convicción (CSL SL415-2021).

Ahora, la tesis del Ministerio según la cual la organización Aspec debió conformar una «comisión negociadora sindical» según las voces del artículo 1 del Decreto 089 de 2014, no es de recibo, pues como se tuvo por probado, este sindicato, sí estuvo de acuerdo en conformar una negociación unificada, solo que, no se adhirió a lo que acordaron los restantes integrantes con la empresa, posición que, se reitera, de acuerdo con el precedente de esta Corporación, no conlleva la finalización del conflicto.

En ese entendido, para esta Sala es claro, que persistía el conflicto colectivo con Aspec y, fue solo hasta la notificación del acto definitivo que negó la convocatoria al Tribunal de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

Arbitramento, que emergió un acto oponible y exigible, que obligaba a las partes involucradas.

Se afirma lo anterior, dado que, si el Tribunal de Arbitramento no se convocó, fue por decisión del ente ministerial y no, por una actuación u omisión imputable a la organización sindical CSJ, SL, 6 jul. 2011, rad. 37267.

Debe precisarse que la notificación del acto administrativo, que dejó en firme la negativa del Tribunal de Arbitramento, conforme se aprecia a folio 60, se tramitó por aviso a través de la comunicación de 19 de noviembre de 2005 (f.º 60), en la que se advierte que se entendía surtida «al finalizar el día siguiente de la entrega del aviso en el lugar del destino». Es decir, acorde con lo anotado, antes del 19 de noviembre no era predicable la obligatoriedad del acto administrativo que negó la convocatoria al Tribunal de Arbitramento.

Así las cosas, el 4 de noviembre de 2015, fecha en que se comunicó la decisión unilateral de la empresa, de dar por terminado el contrato de trabajo a la demandante, el conflicto colectivo se mantenía vigente. Surge evidente que, al persistir el conflicto colectivo, el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 permanecía activo a favor de los trabajadores participantes en el mismo.

En ese entendido, erró el fallador al colegir que la negociación adelantada con arreglo al Decreto 089 de 2014, impedía que uno de los sindicatos partícipes, se apartara de lo finalmente acordado y que, con respecto al mismo, pudiese persistir el conflicto en los términos de los artículos 444 del CST.

Por lo expuesto, los cargos tienen vocación de prosperidad y la sentencia será casada”.

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentran acreditados en el proceso y no son objeto de controversia los siguientes hechos: **i)** La fecha de ingreso de los demandantes al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido en las fechas indicadas en la demanda y aceptadas por el demandado en la respuesta a la misma, así como con los documentos de fls. 77 a 79, 91 a 93, 106 a 109, 122, y 134 a 136.; **ii)** La presentación a ECOPETROL S.A., de un pliego de peticiones por parte del sindicato ASPEN el 29 de mayo de 2014; (fls. 152 a 168); **iii)** La presentación de pliegos de peticiones individuales por varios sindicatos el 03 de julio de 2014 y el Acta de Acuerdo que dispuso que los mismos se discutirían en una sola mesa de negociación (fl. 169); **iv)** El inicio de la etapa de arreglo directo el 14 de julio de 2014, que se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

prorrogó el 31 de julio de 2014 (fls. 170 y 171); **v)** La suscripción por parte de ASPEC y ECOPETROL S.A., del acta del 22 de agosto de 2014, en la que estableció que finalizó la etapa de arreglo directo, sin que se hubiera podido lograr un acuerdo entre ellas (fls. 172 a 254); **vi)** La solicitud elevada por ASPEC al Ministerio de Trabajo el 25 de agosto de 2014, para la convocatoria de un tribunal de arbitramento. (fls. 289 y 290); **vii)** Que mediante Resolución 00963 del 17 de marzo de 2015, el Ministerio de Trabajo decidió no acceder a la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, decisión frente a la que el sindicato ASPEC interpuso los recursos de reposición y de apelación, y que fue confirmada mediante Resoluciones 03015 del 06 de agosto de 2015 y 4463 del 03 de noviembre de 2015, notificada el 19 de noviembre de 2015 (fls. 291 a 314); **viii)** La afiliación al sindicato ASPEC de SANDRA LILIANA MORALES TORRES, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA, y VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO, los días 05 de junio de 2015, 13 de octubre de 2015, 24 de marzo de 2015, 11 de junio de 2015, y 08 de septiembre de 2014, respectivamente (fls. 80, 81, 94, 95, 110, a 113, 123, 124, 137, y 138); **ix)** la terminación de los contratos de trabajo de los demandantes el día 04 de noviembre de 2015 (fls. 82, 96, 114, 125, y 139); **x)** La solicitud elevada por los demandantes SANDRA LILIANA MORALES TORRES, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA de reintegro el 10 de noviembre de 2015, por gozar de fuero circunstancial, y la de VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO el 11 de noviembre de 2015 (fls. 84 a 90, 98 a 105, 116 a 121, 127 a 133, y 140 a 143); y **xi)** El 05 de febrero de 2016 se presentó demanda contra la Resolución 00963 del 17 de marzo de 2015 ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (fls. 315 a 338).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 42 a 338 y 354 a 562, comparecieron a rendir testimonio **Henry Rivera Carrillo, Martha Lucia Lara Salamanca, Fredy Uribe Gómez,** quienes en lo que interesa para resolver la alzada, ratificaron la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

presentación del pliego de peticiones por parte de ASPEC a ECOPETROL S.A., la fecha de inicio de etapa de negociación, que el Decreto 089 de 2014 fue el que rigió el marco de la negociación concentrada que se manejó en ese momento, por lo que se adelantaron negociaciones de los distintos pliegos de peticiones que presentaron los distintos sindicatos; que se llegó a un acuerdo con los sindicatos ADECCO, SINDISPETROL y la USO, pero no fue posible a llegar a un acuerdo con ASPEC; que esa negociación finalizó el 22 de agosto de 2014; que el 22 de agosto 2014 el Sindicato ASPEC solicitó ante el Ministerio del Trabajo el nombramiento de un Tribunal de Arbitramiento para que dirimiera el conflicto que se había originado, que en la actualidad se encuentra en curso una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Consejo de Estado porque no se respetaron los derechos del proceso de negociación; que hasta el momento no se ha firmado entre ECOPETROL Y ASPEC algún acuerdo o convención colectiva de trabajo; que las convenciones colectivas suscritas por ECOPETROL S.A., no incluyen como beneficiarios a los afiliados a ASPEC, por demás que dicho sindicato no ha adherido a convención colectiva alguna.

Pues bien. Conforme las probanzas recaudadas es nítido que el 29 de mayo de 2014 se presentó a ECOPETROL S.A., pliego de peticiones por parte de ASPEC, quien inició negociaciones de manera conjunta con los demás sindicatos de la empresa ECOPETROL S.A., a luz del Decreto 089 de 2014, el que según se explicó en la sentencia SL4775-2019, tiene por objetivo *“facilitar y concentrar la negociación colectiva de trabajo, en los casos en que se presente la multiplicidad de pliegos y de sindicatos [en una misma empresa]», a fin de «[articular] las vigencias de los acuerdos colectivos y laudos» y evitar «conflictividad permanente [en las relaciones obrero – patronales], por la posibilidad de las denuncias y pliegos propuestos en diferentes fechas”.*

En efecto, el derecho de asociación sindical es un concepto transversal y amplio que en su faceta colectiva (SL3597-2020), y con respaldo en el Decreto 089 de 2014, permite que las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

organizaciones de trabajadores y el empleador pueden entablar conversaciones comunes para la solución de conflictos de trabajo, En ese contexto, la citada norma abre la posibilidad de una armonización de la representación sindical y negociación colectiva concertada, en la que se garantiza que los diferentes sindicatos y pliegos de peticiones estén expresados y representados respectivamente, en la mesa de negociación y en la comisión negociadora, lo que no significa, como se indicó en providencia SL1604-2019, que el sindicato deba someterse obligatoriamente a la solución a la que se llegó con las demás organizaciones sindicales, menos aún que la firma de una Convención Colectiva con otra(s) de las organizaciones sindicales en ese proceso, implique entender, que con el sindicato inconforme quedó zanjado el conflicto pues este queda autorizado para acudir a las siguientes fases de solución del conflicto colectivo, como lo son la huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento.

En el punto es pertinente precisar que, aunque el artículo 1° del Decreto 089 de 2014, indica que en la única mesa de negociación para la solución del conflicto colectivo, se encontrarán *“todos los sindicatos representados en el procedimiento de negociación y en la suscripción de la convención colectiva”*, tal afirmación debe leerse sistemáticamente con las normas de protección al derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva efectiva (no meramente nominal), el principio de favorabilidad y en beneficio de cada persona integrante de la organización sindical respectiva (pro homine), es decir, restringiendo cualquier limitación que no sea constitucionalmente justificada, como se decantó en la sentencia C-567 de 2000.

Puestos de presente los considerandos anteriores, debe concluirse que si bien la normativa en comento introduce un mecanismo que facilita y racionaliza la negociación colectiva al interior de empresas que tienen pluralidad de sindicatos, aquella no puede interpretarse de manera que haga nugatorios los

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

derechos de una sola de las organizaciones de trabajadores que hayan presentado un pliego de peticiones, pues la razón de ser de dicha preceptiva es agilizar el trámite y desarrollo del conflicto económico, nunca entorpecer el ejercicio de aquellos o limitarlos.

Finalmente, es menester aclarar que según criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1443-2022, *“la decisión del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. de no continuar con el trámite de la queja presentada por ASPEC, en el caso n.º 3144, no tiene fuerza vinculante para el Estado Colombiano, puesto que gozan de ella, las recomendaciones expedidas por ese organismo, una vez aprobadas por el Consejo de Administración de aquella organización, según se explicó, entre otras, en las sentencias CC T261-2012 y CC SU555-2014 y CSJ SL2543-2020, presupuesto que no se cumple en el caso”*.

Por lo anteriormente expuesto, y dado que la negociación colectiva de trabajo del artículo 1º del Decreto 089 de 2014, no implica la existencia de una única resolución del conflicto colectivo iniciado a través de diferentes pliegos de peticiones y por variedad de sindicatos, debe concluirse que el acuerdo obrero patronal al que se arribó con la USO, y del que no existió conformidad por parte de ASPEC, no finalizó para éste el conflicto colectivo, y en consecuencia era posible –tal como lo hizo el sindicato - continuar las etapas posteriores, como en el caso es la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, en el marco de los artículos 444 y 452 del C.S.T.

Lo dicho, cobra mayor importancia si se tiene en cuenta que en el Acta de Negociación Colectiva del 03 de julio de 2014 (fl.169), la empresa y los representantes sindicales de ASPEC, SINDISPETROL, ADECO y USO, acordaron llevar a cabo *“un proceso de negociación unificado e integrado para la solución del conflicto colectivo de trabajo, garantizando así la unidad de negociación”*, dejando constancia de que en este se discutirían en forma *“independiente los pliegos de peticiones presentados por los*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

distintos sindicatos”, regulando la etapa de arreglo directo de ese conflicto, de la siguiente manera:

“1. Atendiendo los principios del Decreto 089 de 2014, las partes dejan establecido que no obstante que se discuta de manera independiente los pliegos de peticiones presentados por los distintos sindicatos, se trata de un proceso de negociación unificado e integrado para la solución del conflicto colectivo de trabajo, garantizando así la unidad de negociación; en el que están todos representados tanto en el procedimiento de negociación con su respectivo pliego.

2. La etapa de arreglo directo dentro de esta negociación integrada, como término común para todos los sindicatos coexistentes en la Empresa iniciará el 14 de julio de dos mil catorce (2014), a las 7:30 a.m., en las instalaciones del Club Social y Deportivo Ecopetrol de la ciudad de Bogotá, donde se realizará la instalación de la etapa de arreglo directo y a partir de esta fecha se comenzarán a contar los términos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo. Los acuerdos integrales y finales sobre los pliegos constarán en un acta final al cierre de la etapa de arreglo directo. La representación de la USO, durante la negociación estará constituida por dieciséis (16) negociadores y dos (2) asesores de la Junta Directiva Nacional de la USO, un (1) asesor de FUNTRAENERGETICA, un (1) asesor de la CUT, estos últimos podrá rotarse sin que exceda el número establecido; la representación de SINDISPETROL estará integrada por seis (6) negociadores y un (1) asesor de la CGT y la representación de ASPEC estará integrada por cuatro (4) negociadores y un (1) asesor de la Confederación Nacional de Trabajadores -CNT o asesor definido por el sindicato.

(...) 4. Los aspectos relativos a las garantías de la representación sindical de cada sindicato durante el proceso de negociación y demás aspectos atinentes al proceso, serán revisados y definidos con cada organización sindical y se suscribirá la respectiva acta de garantía con cada sindicato, las cuales harán parte del presente acuerdo. Para tratar y definir lo relativo al acta de garantías con ASPEC se fija el día 4 de julio a las 10:00 a.m.; con los sindicatos USO Y SINDISPETROL las partes concertarán el día para este efecto”

En igual sentido en el Acta final de negociación del 22 de agosto de 2014, visible a folios 222 y 223, una vez culminada la prórroga de 20 días calendario, para finalizar el arreglo directo, las partes concluyeron que permanecía *“el desacuerdo de las partes respecto de la totalidad de los puntos contenidos en el pliego de peticiones presentado por la organización sindical ASPEC”*, lo que significa que no existían acuerdos con esta organización sindical.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

El desacuerdo también se corrobora con la CCT, debidamente depositada, visible a folio 223 a 254, mediante la cual se finalizó el conflicto que iniciaron SINDISPETROL, ADECO y USO, que había sido objeto de la unidad de negociación atrás referida, y con las Resoluciones n.º 00963 del 17 de marzo, 3015 del 06 de agosto y 4463 del 03 de noviembre de 2015 (fls. 291 a 314), expedidas por la autoridad administrativa del trabajo, en las cuales, en su orden, se negó la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento y se decidieron de manera negativa, los recursos de reposición y apelación interpuesto por ASPEC.

De todo ello se desprende que el conflicto colectivo de trabajo que se originó con la presentación del pliego de peticiones por parte de ASPEC, el 29 de mayo de 2014, no finalizó, pues no obstante haber hecho parte de la mesa unificada, no existió acuerdo con dicha organización, por lo que ésta decidió continuar con las etapas legales subsiguientes, solicitando la convocatoria del tribunal de arbitramento obligatorio; lo que también fue objeto de mención por parte de la totalidad de testigos comparecientes, quienes afirmaron que no se arribó a un acuerdo con ASPEC.

Así las cosas, y ante tal escenario, ha considerado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que la ejecutoria del acto administrativo que negó la convocatoria del tribunal de arbitramento obligatorio, debe tomarse como punto de referencia del fuero circunstancial del recurrente, pues conforme a los artículos 66 y 87 n.º 2 del C.P.A.C.A., los actos administrativos de carácter particular sólo quedan en firme, el día siguiente a la notificación de la decisión de los recursos interpuestos, pues es un presupuesto esencial de la respuesta de la administración, la publicidad de su actuación (SL5537-2021 y SL1443-2022).

Así las cosas, se tiene que se notificó mediante aviso al representante legal de ASPEC, la Resolución 4463 del 03 de noviembre de 2015, el día 19 de noviembre de 2015, de manera

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

que, al quedar efectuada su notificación al finalizar el día siguiente de la entrega de tal aviso, la misma surtió efectos, a partir del **20 de noviembre de 2015**, en consecuencia, se verificará si para tal fecha los trabajadores gozaban de fuero circunstancial

En el análisis se tiene que SANDRA LILIANA MORALES TORRES, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA, y VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO, terminaron su contrato con ECOPETROL S.A. el 04 de noviembre de 2015 (fls. 82, 96, 114, 125, y 139), por lo que a todas luces refulge que para tal fecha aún gozaban de fuero circunstancial y, por ende, no era dable efectuar su despido; **mismo escenario fáctico de la sentencia SL5537-2021, en la que se determinó:**

“Así las cosas, el 4 de noviembre de 2015, fecha en que se comunicó la decisión unilateral de la empresa, de dar por terminado el contrato de trabajo a la demandante, el conflicto colectivo se mantenía vigente. Surge evidente que, al persistir el conflicto colectivo, el fuero circunstancial de que trata el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 permanecía activo a favor de los trabajadores participantes en el mismo”.

Finalmente, en relación con la excepción de **abuso del derecho**, planteada por la pasiva, la Sala mayoritaria no avizora acreditado que la intención de los demandantes esté por fuera de los fines del artículo 405 del C.S.T., esto es, proteger el derecho fundamental de asociación de los trabajadores en defensa de sus intereses, y por contera, hacer posible la creación de nuevos sindicatos, o defender la existencia o supervivencia de los ya constituidos.

Ciertamente, no existe prueba alguna de la que se pueda desprender que la afiliación de los demandantes al sindicato tuviese como finalidad lograr una estabilidad laboral, pues si bien lo fue con posterioridad al pliego de peticiones – 03 de julio de 2014-, e incluso a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento- 25 de agosto de 2014-, ello *per se* no quiere decir

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

que se estuviera en ejercicio de un abuso del derecho, si se tiene en cuenta que la Convención Colectiva 2014-2018, suscrita entre el demandado y SINDISPETROL, ADECO y USO no vinculaba a los afiliados al Sindicato de ASPEC con quienes no se había llegado a un acuerdo y se mantenía vigente el conflicto colectivo, por lo que nada impedía que los trabajadores en ejercicio de su derecho fundamental de asociación se afiliaran a dicha organización sindical, ni mucho menos que no pudieran hacer parte de la negociación colectiva, en procura de lograr la defensa de los intereses de los trabajadores de la empresa, y en específico, de la aludida organización sindical ASPEC.

Por lo anterior, no se observa desnaturalizada la figura del fuero, ni que se hubiera acudido a esta en obediencia de otros móviles o aprovechándose de la figura, y, teniendo en cuenta que los contratos de trabajo de los demandantes terminaron el **04 de noviembre de 2015** (fls. 82, 96, 114, 125, y 139), y que la notificación mediante aviso al representante legal de ASPEC de la Resolución 4463 del 03 de noviembre de 2015 mediante la que se confirmó la decisión de no acceder a la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, se efectuó el día **19 de noviembre de 2015**, salta a la vista que para el momento del finiquito contractual los trabajadores **gozaban de fuero circunstancial**, pues obsérvese como aún no estaba en firme la decisión de no accederse a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, así como tampoco se había puesto en conocimiento de las partes del conflicto colectivo de tal decisión.

En consecuencia, hay lugar a **REVOCAR la sentencia** del A Quo, para en su lugar, DECLARAR ineficaz el despido de los demandantes, y CONDENAR a ECOPETROL S.A., al reintegro de éstos, sin solución de continuidad, al cargo que desempeñaban al momento de su desvinculación, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de percibir, y los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 05 de noviembre de 2015, hasta que se materialice la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.

reincorporación, con los incrementos legales y extralegales; así mismo, se dispondrá la indexación de los valores adeudados hasta la fecha del pago efectivo.

Así mismo no se advierte que hubiese operado el fenómeno extintivo de la prescripción, pues se interrumpió este con las reclamaciones elevadas el 10 y 11 de noviembre de 2015; y la demanda se presentó el 09 de noviembre de 2018 (fl. 340), por lo que no transcurrió el plazo consagrado en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Finalmente, y dado que se propuso la excepción de compensación, se autorizará descontar de lo adeudado a los demandantes, lo pagado por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

VII.COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: – REVOCAR la sentencia de origen y fecha conocidos conforme las consideraciones vertidas en precedencia. En su lugar se dispone:

A. DECLARAR ineficaz el despido de SANDRA LILIANA MORALES TORRES, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA, y VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO, acaecido el 04 de noviembre

de 2015, por cuanto al momento de tal terminación gozaban de fuero circunstancial.

B. CONDENAR a ECOPETROL S.A. a reintegrar sin solución de continuidad a SANDRA LILIANA MORALES TORRES, OSCAR JAVIER JAIMES ANAYA, JOSÉ FERNANDO ESCOBAR ÁLVAREZ, JORGE ECHEVERRI SAAVEDRA, y VÍCTOR HUGO MUÑOZ GIRALDO, al cargo que desempeñaban al momento de la desvinculación, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de percibir, y los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, desde el 05 de noviembre de 2015, hasta que se materialice la reincorporación, con los incrementos legales y extralegales. Los valores adeudados se deberán pagar debidamente indexados al momento en que se haga efectivo su pago.

SEGUNDO. – AUTORIZAR a ECOPETROL S.A., descontar de lo adeudado a los demandantes lo pagado por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO -. Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-004-2018-00784 -01
Demandante: SANDRA LILIANA MORALES TORRES Y OTROS.
Demandado: ECOPETROL S.A.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Salvo voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$2.500.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00023-01

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO** promovió contra **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO** y **OMAR RUBIANO AMADOR**.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 04 de febrero de 2012 al 28 de marzo de 2016; Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a pensión.

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

Como fundamento relevante de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** El 04 de febrero de 2012 inició sus labores como Jefe de Cocina en el Restaurante Brasa Parrilla Plaza de propiedad de los demandados; **2)** Le pagaban \$35.000 diarios; **3)** Laboraba de todos los días de 8:00 A.M. a 8:00 P.M., y en muchas ocasiones salió una o más horas tarde, con un día de descanso entre semana; **4)** A la terminación de su contrato de trabajo le pagaban \$40.000 diarios; **5)** Se retiró de forma voluntaria el 28 de marzo de 2016, debido al maltrato al que era sometida; **6)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende, así como no fue afiliada a seguridad social; **7)** Era subordinada por parte de los demandados.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y ASTRID CAROLINA RUBIANO LÓPEZ, en calidad de sucesora procesal de OMAR RUBIANO AMADOR (*documentos CONTESTACION COMPLETA JUZGADO 38 LABORAL CARMEN ELISA ALONSO y CONTESTACION JUZGADO 38 LABORAL CIRCUITO (1) del archivo 2*), se opusieron a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las de prescripción de la acción laboral y prescripción extintiva en los derechos laborales; y la generación y/o causación de los derechos de tiempo completo lo fue a partir del mes de junio de 2015, con anterioridad se cumplían eran turnos únicamente los fines de semana.

Aceptaron que la actora se retiró de forma voluntaria el 28 de marzo de 2016; que no fue afiliada a seguridad social; y que fue objeto de subordinación. Negaron los demás hechos.

En su defensa señalaron que la demandante únicamente prestó sus servicios los fines de semana desde junio de 2012 hasta junio de 2015; que no puede pretender el pago de la totalidad del periodo, sino únicamente lo proporcional, y por el tiempo que efectivamente laboró.

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de febrero de 2022, dictó **sentencia condenatoria** en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que entre la actora, en condición de trabajadora dependiente y CARMEN ELISA ALONSO HURTADO y OMAR RUBIANO (Q.E.P.D.), existió un contrato de trabajo vigente en el lapso comprendido entre el 04 de febrero del 2012 y el 28 de marzo del 2016, en el marco del cual la demandante percibió una asignación salarial al menos de \$140.000 mensuales, desde el 04 de febrero del 2012 al 31 de mayo del 2015, y equivalente al salario mínimo legal mensual vigente desde el 01 de Mayo del 2015, hasta el 28 de marzo del año 2016, desempeñándose como cocinera para los establecimientos de Comercio de propiedad de las personas reseñadas en calidad de empleador.

SEGUNDO: CONDENAR a CARMEN ELISA ALONSO HURTADO y con cargo al proceso sucesoral de OMAR RUBIANO (Q.E.P.D.), en favor de la demandante, a pagar las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos que:

- a- \$1'088.028 por cesantías.
- b- \$22.503 por intereses de cesantías.
- c- \$187.527 por concepto de prima proporcional de servicio, causada a la terminación de contrato.
- d- \$285.357 por compensación de vacaciones en dinero.

TERCERO: CONDENAR a CARMEN ELISA ALONSO HURTADO y con cargo al proceso sucesoral de OMAR RUBIANO (Q.E.P.D.), a pagar en favor de la demandante, el valor del cálculo actuarial que para el efecto realicé la administradora de fondos de pensiones en que se encuentre afiliada o se afilie la accionante, y a entera satisfacción de ella, teniendo en cuenta, para efectos del cálculo actuarial, los extremos temporales del vínculo acreditado en el informativo, 04 febrero del 2012 al 28 de marzo del 2016, con una asignación salarial de \$140.000 mensuales entre el 04 de febrero del 2012 y el 31 de mayo del 2015, y el salario mínimo legal mensual vigente desde el 1° de junio del 2015 al 28 de marzo de 2016. Lo anterior, teniendo en cuenta que el valor del cálculo actuarial, incide para la eventual causación de un derecho pensional en favor de la demandante. Cabe anotar, que el valor de cálculo actuarial, se insiste, deberá ser sufragado de acuerdo con la liquidación que para el efecto haga la administradora de fondos de pensiones que a la que está afiliada la demandante o que ella seleccione y a entera satisfacción de la entidad.

CUARTO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho declara no probadas las propuestas respecto de las condenas infligidas, declarándose probada la excepción de prescripción en la forma reseñada en la parte motiva de la presente sentencia.

SEXTO: COSTAS lo serán a cargo de la demandada, en firme la presente providencia por Secretaría, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000 en favor de la demandante

En síntesis, el A quo refirió que se acreditó que la actora prestó servicios del 04 de febrero de 2012 al 28 de marzo de 2016 con los demandados; que pese a lo anterior únicamente se demostró que, hasta el 31 de mayo de 2015, la actora prestaba sus servicios los fines de semana con una asignación mínima diaria de \$35.000, lo que se corroboró del interrogatorio de parte y de los testigos de la demandada; que del 01 de junio de 2015 al 28 de marzo de 2016 no existió controversia en cuanto a que se laboraba de tiempo completo, por lo que, es dable tener en cuenta el salario mínimo para tal periodo como salario; que operó prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 14 de enero de 2016, pues se demandó el mismo día y mes de 2019, con excepción de cesantías que se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo; y que por lo anterior hay lugar a prestaciones sociales, vacaciones y aportes a pensión; que no se impone condena por primas de servicios, pues se aceptó el pago de las de 2015, no siendo así con lo proporcional de 2016, por lo que se impondrá condena por tal concepto.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

LA PARTE ACTORA, señaló que la demandada manifestó que pagó primas de servicios, que era Contadora, por lo que, debía reconocer las prestaciones sociales al trabajador, y en consecuencia es consciente que estaba infringiendo normas de carácter legal; que la demandada tenía la obligación de hacer los aportes en un fondo de cesantías; que por lo anterior, se debió imponer una sanción, como la sanción por no consignación de las cesantías o indemnización moratoria; y que el juez tiene las facultades ultra y extra petita.

LA PARTE DEMANDADA, adujo que la actora aceptó que se le hicieron unos anticipos o préstamos, los que debieron deducirse de las condenas impuestas; y que las costas no deben

ser por el monto que se estableció sino por un valor mucho menor teniendo en cuenta que operó la excepción de prescripción.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitieron los recursos de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que se circunscribe a determinar si es dable echar mano de las facultades ultra y extra petita, y en consecuencia si hay lugar a la imposición de sanciones moratorias; si es dable descontar de las condenas anticipos o préstamos que alega la parte demandada; y si es acertada la condena en costas, así como el valor que las agencias en derecho.

Facultades ultra y extra petita.

En materia laboral, el legislador contempló la posibilidad de que el juzgador tuviera facultades ultra y extra petita, no obstante, dicha facultad únicamente la delegó en el juzgador de única de y de primera instancia. Al respecto, ha enseñado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia SL4487-2021, lo siguiente:

“Respecto de la última inconformidad del ataque, esto es, la atinente a la falta de aplicación de las facultades *extra o ultra petita* por parte del fallador de segundo grado – Art. 50 CPTSS-, para también negarle la razón a la censura, basta con recordarle que las mismas se encuentran reservadas al juez de única y primera instancia, quienes son los llamados a utilizarlas, por regla general, en tanto, el juzgador de alzada tan solo podrá hacerlo de manera excepcional, cuando la omisión del *a quo* en su aplicación conlleve el desconocimiento de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando los hechos que originan esos derechos distintos a los pedidos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados (CSJ SL3850-2020)”.

En igual sentido, es menester rememorar que el juzgador de segunda instancia no tiene competencia para resolver otros asuntos ajenos a lo estrictamente trazado por la demandante al momento de presentar su libelo introductor, en virtud del principio de consonancia. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL440-2014 reiterada en la sentencia SL1379-2021, explicó:

“Así, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en la violación de los referidos principios de consonancia e incongruencia y en un uso ilegítimo de las facultades *extra y ultra petita*.

Para ello, la Sala hará una breve síntesis sobre los rasgos principales de los principios procesales y facultades que convergen en la discusión planteada, para luego resolver las problemáticas propuestas.

1. Principio de consonancia

Conforme lo prevé el artículo 66A de la Ley Procesal Laboral, este postulado impone que *«la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación»* (CSJ SL10405-2014).

Ello significa que el juez de segundo grado debe estar sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia. Bajo esta lógica, el juzgador no tiene competencia para resolver otros aspectos ajenos a la relación jurídico procesal, sino estrictamente aquellos controvertidos por las partes en el recurso vertical.

La Corte ha precisado que con la referida restricción el legislador quiso focalizar la actividad jurisdiccional y materializar el objetivo de simplificación de trámite y celeridad pretendido en la Ley 712 de 2001, por lo que las partes están obligadas a concretar con exactitud los motivos por los que se apartan de la decisión judicial.

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

Asimismo, es preciso destacar que mediante sentencia C-968-2003, la Corte Constitucional condicionó la aplicación de la figura de la consonancia en materia laboral, bajo el entendido de que *«las materias objeto del recurso de apelación incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador»*.

Conforme lo anterior, la Constitución Política le impone al *ad quem* la obligación de pronunciarse sobre las materias relacionadas con los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales, de modo que tales aspectos que de forma implícita estén cobijados en la impugnación, hacen parte de su competencia funcional, siempre y cuando: (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados (CSJ SL2808-2018).

[...] **2. Principio de congruencia**

El principio procesal de congruencia establecido en el entonces vigente artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es una expresión del debido proceso y el derecho de defensa, que se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes.

Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional.

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que *«constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento»* (CSJ SL2808-2018).

Y en el ámbito del recurso extraordinario de casación, la Sala ha establecido que si el *ad quem* desborda los límites de la congruencia y decide pretensiones ajenas al debate procesal, puede incurrir en el quebrantamiento de dicho principio y comprometer la legalidad de la sentencia si: (i) la transgresión es relevante; (ii) afecta el derecho de defensa de alguna de las partes involucradas, y (iii) esto incide o sirve de medio para la infracción de una disposición sustancial - violación medio- (CSJ SL911-2016).

Además, nótese que el juez de segundo grado también está sujeto a las materias específicas y debidamente sustentadas en la apelación que se haga contra la decisión primigenia, en virtud del referido y explicado principio de consonancia.

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

Así, la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada *congruencia externa* del fallo, según la cual *«toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia»* (CSJ SL2808-2018).

A su vez, la *congruencia interna* *«exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive»* (CSJ SL2808-2018).

Por otra parte, debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevenientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (*extra petita*) o más allá de lo suplicado (*ultra petita*), conforme lo prevé el artículo 50 *ibidem*.” (Negrillas por la Sala).

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia o está acreditado en juicio que la actora laboró al servicio de los demandados entre el 04 de febrero del 2012 y el 28 de marzo del 2016, prestando sus servicios entre el 04 de febrero del 2012 y el 31 de mayo del 2015, los fines de semana, y devengando por tal tiempo, \$140.000; y desde el 01 de mayo del 2015 hasta el 28 de marzo del año 2016, de forma completa, pues así lo dispuso el A Quo, y no fue objeto de apelación.

De esta manera, la controversia, en un principio, gira en torno a determinar, si por la declaratoria de dicho contrato de trabajo, hay lugar a la imposición de las sanciones moratorias.

Al respecto, es necesario resaltar que en el líbelo introductor no se pretendió el reconocimiento de sanciones moratorias, indemnización moratoria ni sanción por no

consignación de las cesantías, por lo que, en consideración a lo dispuesto en las sentencias aludidas, SL4487-2021 y SL1379-2021, la Sala se encuentra vedada para efectuar pronunciamiento sobre las aludidas sanciones, pues ello, podría ir en contravía del principio de consonancia, así como del derecho fundamental que le asiste a la parte demandada.

Por otra parte, señala el apoderado de la parte demandada que de las condenas impuestas se deben descontar los valores que fueron pagados por conceptos de **préstamos o anticipos**. Al punto, se observa que la **demandante en interrogatorio de parte** adujo que la demandada les pagaba “vales”, los que se autorizaban cuando por ejemplo no tenía dinero para los transportes, por lo que, solicitaba un préstamo de pronto de \$10.000, \$20.000 o \$50.000; dinero que posteriormente se descontaba del pago que se hiciera de la quincena siguiente.

En ese orden, es claro que a la demandante le realizaron préstamos por parte de su empleador, no obstante, en el plenario no obra prueba alguna que dé cuenta del valor concreto que a la accionante le adeudaba a su empleador por tal concepto, por lo que, ante la falta de certeza del valor que se adeudaba, no es dable ordenar que de las condenas impuestas se descuente tal valor, máxime si se tiene en cuenta que la demandante fue clara en señalar que de los pagos de quincenas que se hacían posteriormente, se compensaban los dineros que le prestaban.

Finalmente, y en lo que respecta a las **costas** se rememora que el legislador ha acogido un criterio objetivo, en virtud del cual, corren siempre a cargo de la parte vencida en juicio, por así disponerlo el artículo 365 C.G.P., el cual contiene el principio general, según el cual "*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)*", sin consideración a su intención, razonabilidad de su discusión en el conflicto jurídico en litigio o su conducta en el trámite procesal, sino el hecho de haber sido vencido en juicio. En consecuencia, era dable imponer condena

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

en costas en primera instancia a cargo de la demandada, pues esta resultó vencida en juicio.

Así mismo, es necesario aclarar frente al valor de las agencias en derecho que son objeto de impugnación por parte del apoderado de la parte demandada, que la Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento por considerar que no es la oportunidad procesal para determinar si el valor impuesto se encuentra ajustado a derecho, pues no estamos aún frente al auto que aprueba costas respecto de las agencias en derecho, providencia que es apelable conforme al numeral 11 del artículo 65 del C.P.T y de la S.S, y el artículo 366 del C.G.P.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII.COSTAS

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

SEGUNDO. – Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-038-2019-00023-01

Demandante: **ROSIBEL NIÑO DELGADILLO.**

Demandado: **CARMEN ELISA ALONSO HURTADO Y OTRO.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00660 -01.

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE** promoviese contra **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que la reactivación de su afiliación a COLPENSIONES; y PORVENIR S.A., traslade todos los valores que

hubiere recibido, tales como, cotizaciones, bonos, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y/o rendimientos.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 66 a 100 del archivo 1), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 137 a 160 del archivo 1), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

INTERVENCIÓN PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Señaló que la seguridad social antes que un producto financiero sometido a la libre oferta y demanda del mercado, se constituye como un derecho fundamental para los ciudadanos y un deber para el Estado, quien debe vigilar como lo hace a través de la Superfinanciera que los ciudadanos obtengan mayores beneficios dentro de sus condiciones frente al sistema, conllevando esto a que lo principal sea la satisfacción de las necesidades de los afiliados, de acuerdo con la oferta de mayores beneficios que ofrezcan los dos regímenes pensionales y no la

dinámica comercialista utilizada por los fondos de pensiones que no informan a los afiliados sobre los por menores de la decisión de traslado siendo su obligación hacerlo.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 08 de febrero de 2022, declarando la ineficacia de la afiliación y traslado efectuado por la actora con PORVENIR S.A. el 08 de agosto de 1997, y con la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 5 de abril de 2002; ordenando a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la actora, con los rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexado; y a COLPENSIONES recibir como afiliado al demandante por primera vez, como quiera que la actora se encontraba afiliada a CAJANAL. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES adujo, que el deber de información si bien nació con el Decreto 663 de 1993, este se materializó con la Ley 2098 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que, para la época del traslado de la actora únicamente se contaba con el formulario de afiliación, el fondo privado no puede tener nada más; que se saneó cualquier situación, pues la actora efectuó actos que convalidaron su consentimiento, como por ejemplo consentir el descuento de sus aportes a su seguridad social; que la actora solicitó el traslado estando incurso en una prohibición legal para hacerlo; y que es abogada y en ella concurría la obligación de informarse de su situación pensional; y que la prescripción conforme al artículo 1750 del C.C. es de cuatro años.

PORVENIR S.A., dijo que ha dado cumplimiento a las obligaciones que estaban a su cargo, sin que al momento del traslado se pueda considerar que no cumplió con el deber de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00660 -01.

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

información, pues el deber de dejar constancia escrita no era obligación para el momento del traslado, sino con el Decreto 2071 de 2015; que la solicitud de ineficacia sólo surge cuando la actora estaba cerca del cumplimiento de los requisitos de pensión de vejez, por lo que, es claro que su inconformidad no nace en la falta de información sino en el valor de su pensión; que la actora tenía capacidad mental para entender las implicaciones de su traslado; que no está en discusión la consolidación del derecho pensional de la actora; que el derecho de pedir la ineficacia de traslado es objeto de prescripción; que si la consecuencia de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado anterior, no sería dable devolver rendimientos pues no se causaron, así como tampoco gastos de administración y comisiones, lo que por demás generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES; y que la indexación implicaría un doble cobro a cargo de la administradora de pensiones.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las partes, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, precisando que, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado.

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

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

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

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

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

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

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

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

e) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

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

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

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

(...)”. (Negrillas por la Sala).

f) Respecto de los actos de relacionamiento, la sentencia SL6588-2021, expuso:

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

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

y no tácito- de pertenecer al último y proyectar ahí sus expectativas pensionales.

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

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

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó. El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00660 -01.

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida.

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

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 22 de abril de 1992 presenta aportes en CAJANAL, según la historia laboral obrante a folios 27 a 32 del archivo 1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 28 de agosto de 1997 (fl.19 del archivo 1) **iii)** Se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy PORVENIR S.A. el 05 de abril de 2002 (fl.162 del archivo 1); **iv)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 27 de mayo de 2019, ante COLPENSIONES, la que fue negada por dicha entidad (fls. 49 a 54 del archivo 1).

A folio 19 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 28 de agosto de 1997 con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00660 -01.

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

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

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de su traslado, ya que únicamente indicó que el I.S.S. se iba a acabar y que su dinero estaría más seguro en el fondo privado, pues gozaban de garantía del Banco de Colombia; luego, de tales manifestaciones, la Sala no se extraen consecuencias adversas para ésta, o que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se considera que el demandante pudiera conocer las implicaciones de su traslado por tener al momento de su traslado estudios en Derecho, pues tal situación no eximía a la administradora de cumplir con su deber de información, más aún cuando la actora según su interrogatorio manifiesta que su área de trabajo siempre ha sido el Derecho Penal. Lo dicho, encuentra asidero en la sentencia SL SL1949-2021, donde se manifestó:

“Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión”.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora PÉREZ DUARTE en el traslado que ésta realizó el 28 de agosto de 1997, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones, dado que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, no es "la entidad" encargada de recibir aportes o cotizaciones de los servidores públicos afiliados al régimen de prima media, y que la entidad administradora por excelencia del régimen solidario de prima media con prestación definida es el Instituto de Seguros Sociales -I.S.S., es ésta la entidad que en ausencia de la Caja Nacional Previsión Social- CAJANAL debe recibir las cotizaciones de la actora, escenario que guarda concordancia con la sentencia **SL1582-2021** proferida por la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00660 -01.

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

ahorro individual de la demandante, esto es, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁN los numerales segundo y tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores existente en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, también se encuentran los **bonos pensionales, y los aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos

pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia de la actora en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

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

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR los numerales segundo y tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PORVENIR S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de los valores existente en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, gastos de administración, y comisiones, también se encuentran los **bonos pensionales, y los aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-007-2019-00660 -01.

Demandante: **CLAUDIA ESTHER PÉREZ DUARTE.**

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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Claudia Esther Pérez Duarte
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2019-00660-01**

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, acompaño 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: **6d834ee43a41783df66ab6eaf526f37ea4225d46a4c6d2702ca44cc429dfbf44**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:53 AM

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ELKIN MEYER SILIO** promovió contra **FUNDACION PARA EL DESARROLLO MEDICO INTEGRAL ESPECIALIZADO GALENUS, HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S., y CORTICAL S.A.S.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora pretende la declaratoria de los siguientes contratos de trabajo: del 01 de enero de 2016 al 17 de septiembre de 2018 con la FUNDACIÓN GALENUS, y del 01 de noviembre de 2017 al 17 de septiembre de 2018 con el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S.; y que las relaciones laborales finiquitaron unilateralmente y sin justa causa por parte de las demandadas. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, sanción por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

no consignación de las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a pensión, indemnización moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** El 01 de enero de 2016 suscribió con la FUNDACIÓN GALENUS contrato de prestación de servicios, para desarrollar funciones de ortopedia; **2)** El 01 de noviembre de 2017 suscribió con el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. contrato de prestación de servicios, con las mismas condiciones de modo, tiempo y lugar que con la FUNDACIÓN GALENUS; **3)** Laboraba en las instalaciones de las demandadas, cumpliendo horario de trabajo de 7:00 A.M. a 7:00 P.M., y descansando, los días jueves; **4)** Desempeñaba funciones de consulta, atención de urgencias, cirugía de rodilla, cirugía de ligamentos, y ser coordinador del servicio de ortopedia; en consulta, debía atender cuatro pacientes por hora; **e5)** Le pagaban \$20.000 por consulta, \$500.000 por cada cirugía de meniscos, y \$550.000 por cada cirugía de ligamentos; **6)** En caso de exceder el tiempo de consulta, 15 minutos, podían llamarle la atención, así como acataba órdenes de ambas empresas y del representante legal de CORTICAL S.A.S; **7)** Portaba carnet, debía asistir a reuniones de tipo obligatorio, debía solicitar permisos en caso de ausencia, y prestaba sus servicios en las instalaciones y con los elementos brindados por las demandadas; **8)** La FUNDACIÓN GALENUS, ORTOHAND, y CORTICAL S.A.S. funcionan como holding empresarial; **9)** El correo de facturación de la fundación es el mismo del HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S.; y **10)** Las demandadas comparten el mismo representante legal, y tienen la misma dirección de notificación.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. (fls. 237 a 258 del archivo 1), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, y la genérica.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

Aceptó que el accionante prestó sus servicios como Ortopedista y Traumatólogo desde el 01 de noviembre de 2017; que cumplía horario de trabajo, usaba carné, debía acatar órdenes, asistir a reuniones, y solicitar permisos. Negó los demás hechos.

Indicó que el demandante se vinculó mediante un contrato de trabajo a término fijo al hospital, el que dio por finalizado el actor mediante renuncia el 29 de enero de 2018; que pagó las obligaciones laborales que tenía a su cargo; y que suscribió un contrato con la FUNDACIÓN GALENUS que estuvo vigente hasta el 30 de junio de 2017, suministrándole personal.

Por su parte, **FUNDACION PARA EL DESARROLLO MÉDICO INTEGRAL ESPECIALIZADO GALENUS** (archivo 20210308152252094 (1) Fundación Galenum de la carpeta 3), también se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó cobro de lo no debido FUNDACIÓN GALENUS, prescripción, buena fe, inexistencia de la relación laboral dependiente, carencia de legitimidad en la causa para demandar, y la genérica.

Aceptó que suscribió contrato de prestación de servicios con el actor el 01 de enero de 2016; y que el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. solicitaba carné para el ingreso de sus instalaciones. Negó los demás hechos.

En su defensa adujo que se estableció que la forma de pago sería a través de consultas y procedimientos quirúrgicos que realizara el accionante; que el demandante desarrolló su labor con completa autonomía e independencia, pues jamás se le convocó a reunión ni se le dieron directrices para el desarrollo de su labor; que se podía satisfacer el contrato de prestación de servicios a través de terceros; y que operó la excepción de prescripción, pues la relación entre el actor y la fundación se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

extendió hasta el 30 de junio de 2016, y se demandó el 13 de noviembre de 2019.

Finalmente, **CORTICAL S.A.S.** (archivo 20210308152721505 (1) CORTICAL de la carpeta 3), de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de la relación laboral dependiente, y la genérica.

No aceptó ningún hecho. Manifestó que nunca ha tenido una relación laboral con el actor, así como tampoco contrato de prestación de servicios.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 16 de febrero de 2022, dictó sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de prestación de servicios entre el actor y la FUNDACION PARA EL DESARROLLO MÉDICO INTEGRAL ESPECIALIZADO del 01 de enero de 2016 al 30 de junio de 2017, de forma interrumpida; la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el demandante y el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. del 01 de noviembre de 2017 al 28 de enero de 2018; y absolvió de las demás pretensiones a la FUNDACION PARA EL DESARROLLO MÉDICO INTEGRAL ESPECIALIZADO, y del HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S., así como de todas las pretensiones incoadas contra CORTICAL S.A.S.

En síntesis, el A quo refirió que está acreditado el elemento de la prestación del servicio, pues obra en el plenario contrato de prestación de servicios entre el actor y la FUNDACION PARA EL DESARROLLO MÉDICO INTEGRAL ESPECIALIZADO desde el 01 de enero de 2016; que sólo se logró demostrar prestación del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

servicio a la fundación hasta el 30 de junio de 2017, según se colige del otrosí del contrato de prestación de servicios; que el acervo probatorio restante en el plenario, sólo da cuenta de prestación de servicios de parte del actor hasta el 24 febrero de 2017; que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, como quiera que de la prueba testimonial y documental es dable considerar que las funciones del actor eran desarrolladas de forma autónoma, pues asistía únicamente cuando tenía pacientes, podía solicitar cambios y cancelaciones de fechas para la atención de pacientes, y podía establecer su agenda y las fechas en que podía programar la atención de los pacientes; que aunado a lo anterior, las sedes estuvieron cerradas, y no hubo prestación del servicio en la totalidad del periodo aludido; que se demostró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el actor y el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. del 01 de noviembre de 2017 al 28 de enero de 2018; que no es dable acreditar la continuidad del servicio hasta septiembre de 2018, pues de esa fecha únicamente hay un paz y salvo, y obra carta de renuncia que data del 28 de enero de 2018; que durante el lapso aludido se pagó la totalidad de acreencias laborales a cargo del HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S.; que por lo anterior, no habría lugar a prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, ni sanciones moratorias; y que frente a CORTICAL S.A.S. no se logró demostrar ningún tipo de prestación del servicio, ni que este hubiere sido empleador del actor.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que hubo una interpretación errónea de los documentos, pues de los correos electrónicos obrantes en el plenario es dable deducir que sí se impartían órdenes por parte del Carlos Medina a través de su secretaria al actor, tendientes a la forma como realizaba su trabajo; que el demandante no podía cambiar su agenda, esta estaba establecida por su empleador; que el actor estaba sujeto a un horario de trabajo; que está acreditado que después de la renuncia del actor

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

con el HOSPITAL ORTÓPEDICO S.A.S., este siguió prestando sus servicios con todas las características de un contrato de trabajo; que se evidencia la mala fe, pues las condiciones se perpetuaron mediante un contrato de prestación de servicios; que además de las funciones propias como ortopedista, el actor desarrolló labores de coordinación, lo que no estaba incluido en su contrato de prestación de servicios; que tampoco se tuvo en cuenta que el actor ejercía sus servicios en las instalaciones, especialmente en el Hospital, donde también le brindaban los elementos para desarrollar su labor; que se avizoran llamados de atención, y que el actor era citado a reuniones por fuera de su labor de consulta y cirugía, lo que da cuenta de la subordinación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitió el recurso de apelación. Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante la Ley 2213 de 2022, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que se circunscribe a determinar si entre el demandante y la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS existió un contrato de trabajo del 01 de enero de 2016 al 17 de septiembre de 2018; y si el contrato de trabajo celebrado con el HOSPITAL

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

ORTOPÉDICO S.A.S. celebrado el 01 de noviembre de 2017 se extendió hasta el 17 de septiembre de 2018.

Del principio de la realidad sobre las formas y el contrato de trabajo.

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

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

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

“[...] 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.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia”.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

Del caso en concreto.

No existe controversia o está acreditado en juicio lo siguiente: **i)** El 01 de enero de 2016 se suscribió contrato de prestación de servicios entre ORTOHAND S.A.S. y la FUNDACIÓN GALENUS para el suministro de personal por parte de este último a favor del primero (fls. 270 a 273 del archivo 1); asimismo, se suscribió contrato de prestación de servicios entre la FUNDACIÓN GALENUS y el demandante para que este realice la visita en hospitalización diariamente y el seguimiento “POS OP” de los pacientes operados a su cargo, estén disponibles para atender prontamente cualquier evento extemporáneo de pacientes “POS OP” operado a su cargo durante la hospitalización de los mismos, cumplan estrictamente las franjas asignadas para consulta externa y cirugía, entre otras similares (fls. 1 a 4 del documento 20210308152550915 (2) obrante en la carpeta 3); **ii)** El 30 de junio de 2016, entre el actor y la FUNDACIÓN GALENUS se celebró otro sí al contrato de prestación de servicios celebrado entre ellos, estableciéndose que el contrato se prorrogaría hasta el 30 de junio de 2017 (fls. 5 del documento 20210308152550915 (2) obrante en la carpeta 3); **iii)** El actor suscribió contrato de trabajo a término fijo con el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S. el 01 de noviembre de 2017 para desempeñar el cargo de Médico Ortopedista y Traumatólogo (fls. 260 a 264 del archivo 1); y **iv)** El 29 de enero de 2018, el actor renunció al HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S., efectuándose a favor del primero, la correspondiente liquidación de prestaciones sociales (fls. 265 y 266 del archivo 2).

Adicional a la prueba documental obrante a folios 22 a 105, 260 a 273 del archivo 1, documento 20210308152550915 (2) obrante en la carpeta 3, archivos 6 y 7, compareció a rendir testimonio **Sergio Pablo Echeverry Díaz**, quien manifestó que era Médico Ortopedista; que conoce al actor hace 15 años porque fueron compañeros de la universidad, y posteriormente trabajaron juntos en varios lugares, como en las clínicas del

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

Doctor Medina, con quien trabajaron inicialmente en la Clínica Madre Laura, y luego, en el centro ambulatorio de cirugía de GALENUS; que lo anterior fue entre 2015 y 2017; que en el Centro de Cirugía Galenus estuvieron en el 2016 y 2017; que la vinculación era por prestación de servicios; que no recuerda fechas exactas; que el centro ambulatorio de cirugía de la FUNDACIÓN GALENUS estuvo funcionando hasta agosto del 2016, más o menos en forma adecuada, y luego irregularmente; que el actor es ortopedista, cirujano de rodilla y prestaba servicio de consulta externa y consulta programada, para cirugía reconstructiva de rodilla; que lo anterior lo sabe porque compartía consulta con él y estuvo en sala de cirugía en el mismo tiempo que él realizaba su cirugía; que operaban una vez a la semana en promedio; que los pacientes eran de Saludcoop, Cafesalud y Cruz blanca; que si el actor no podía hacer un procedimiento, cancelaba los pacientes, no obstante, había un problema complejo, porque el paciente llevaba con la programación desde hace mucho tiempo, tenían dolor, inestabilidad, malestar que les impedía hacer sus funciones cotidianas; que prestó el servicio en la FUNDACIÓN GALENUS hasta septiembre - noviembre del 2016; que en el 2017 iba muy irregularmente a la fundación; que vio al actor, con quien se encontraba dos veces a la semana en consulta y una vez a la semana en cirugía; que los turnos los programaba la parte administrativa de Madre Laura y Galenus; que les preguntaban qué día iban a realizar su jornada, que día iban a atender en el mes, y les pasaba un correo, normalmente con los turnos; que para lo anterior, hablaban con la secretaria y con la persona programador de consulta externa; que el actor no podía asistir tenía que ser reprogramada la consulta en fecha diferente; que les pagaban por cirugía y la consulta la pagan por horas; que hasta empezando 2017 prestó servicio en las clínicas; que no podría afirmar que el actor continuó en las clínicas; que el actor además de cirujano y de consulta externa, tenían un cargo como de coordinador, era el enlace o canal entre el Doctor Medina y los demás ortopedias, el canalizador de los mensajes que debían

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

recibir de parte del Doctor Medina; que no sabe si el actor recibía remuneración adicional por ser coordinador; que él no recibía órdenes de parte del actor; que Carlos Medina era el jefe directo de las empresas, y por ende, quien fungía como jefe de ellos; que el material de osteosíntesis en el 90 % de los casos, lo proveía la empresa CORTICAL S.A.S; que con el actor hacían reuniones quirúrgicas para tratar pacientes complicados fuera del horario laboral, en la mayoría de ocasiones era para eso y otras muy puntuales para tratar temas de la empresa y reuniones de trabajo; que le consta que el actor tenía más jornadas porque se lo contó; que recibió por parte del Doctor Medina algunas recomendaciones y directrices sobre lo que debían hacer y mejorar, de manera verbal; que el actor también recibía por parte del Doctor Medina recomendaciones; que para los ortopedistas había un anexo tarifario en el contrato de prestación de servicios; que sacaban las cuenta sobre las horas que trabajan en la consulta externa, y las cirugías, y pasaban la cuenta de cobro, las que pagaban 60 días después de radicadas; que la cuenta de cobro era variable; que de noviembre del 2017 a enero del 2018 no laboraba con el actor; que en 2017 fue muy irregular lo que se trabajó; que entiende que la FUNDACIÓN GALENUS era quien administraba a HOSPITAL ORTOPÉDICO; que no sabe si el actor tenía días libres cuando prestó sus servicios al HOSPITAL ORTOPÉDICO; y que no le consta si en sus días libres el actor prestaba sus servicios a otras entidades.

Pues bien. Sea lo primero indicar que se pretende sea declarado que el actor prestó sus servicios mediante contrato de trabajo con la FUNDACIÓN PARA DEL DESARROLLO INTEGRAL MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS entre el 01 de enero de 2016 al 17 de septiembre de 2018.

Al respecto, no existe duda que el accionante fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios el 01 de enero de 2016 para desempeñar funciones de consulta y de cirugía, según dio cuenta el testigo Sergio Pablo Echeverry Díaz, así como

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

también se colige del contrato de prestación de servicios visible a folios 1 a 4 del documento 20210308152550915 (2) obrante en la carpeta 3, en donde además es aduce que el actor debía realizar labores de visita en hospitalización diariamente y el seguimiento “POS OP” de los pacientes operados a su cargo, y estar disponibles para atender prontamente cualquier evento extemporáneo de pacientes “POS OP” operado a su cargo durante la hospitalización de los mismos, cumplan estrictamente las franjas asignadas para consulta externa y cirugía, entre otras similares.

De esta manera, para la Sala es claro que, durante el periodo deprecado, el actor sí prestó sus servicios a la FUNDACIÓN GALENUS, por lo que, le correspondía a esta desvirtuar el elemento de la subordinación.

Al punto, encuentra la Sala que el testigo Sergio Pablo Echeverry Díaz es enfático en señalar frente a las condiciones del actor, que si bien era necesario cumplir una agenda, lo cierto es que este tenía la posibilidad de cancelar o modificar las citas de los que pacientes que tuvieran a su cargo, siendo únicamente el problema, la situación de salud del usuario y la intención de que recuperara prontamente su salud; que si bien la agenda la fijaba la parte administrativa de la fundación, les preguntaban previamente que días tenían disponibilidad; que si no podía asistir el actor, podía se reprogramada la consulta; que su pago se realizaba por cirugías y consultas; y que en 2017 la prestación del servicio era muy irregular; aspectos que dan claras muestras de que el demandante gozaba de autonomía en el desempeño de sus funciones, y que dicha prestación se ejecutaba con solución de continuidad.

Igualmente, aduce el impugnante que, además de las labores de consulta y cirugía, el demandante debía desplegar funciones de coordinación, lo que no estaba incluido en el contrato de prestación de servicios; no obstante, dicha

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

circunstancia no está lo suficientemente acreditada, pues el testigo aludido hace alusión a que el actor era “como un coordinador”, basa su dicho, en que era una mediador, un enlace o un puente, entre el Doctor Medina, dueño de las empresas demandadas, y los demás médicos ortopedistas, de lo que no surge que realmente el actor desplegaba tales funciones, pues tal declaración es insuficiente para determinar que el accionante era la persona encargada de gestionar el trabajo de los demás trabajadores, u ordenaba las tareas de un grupo de personas, por demás que en ningún momento impartió ningún tipo de orden a dicho testigo.

En suma, en **interrogatorio de parte el demandante** manifestó que no era la persona indicada para asignar los turnos a los ortopedistas y no supervisaba los procedimientos que se realizaban en ortopedia; por lo que, a juicio de la Sala no se acreditó de manera clara, precisa y fehaciente que el actor tuviera funciones propias de un coordinador.

Así mismo, a folios 48 a 64 del archivo 1, obran correos electrónicos en los que se da cuenta requerimientos efectuados por coordinadores de ORTOHAND S.A.S. al demandante con el fin de que se cumpliera con el horario de entrada y llegada por quejas que presentan los usuarios, listados de pacientes y de cirugías, así como comunicaciones para coordinación de la agenda. En ese orden, y teniendo en cuenta la posibilidad que tenía el actor de establecer su agenda, para la Sala no es dable considerar que tales documentos sean consecuencia de subordinación, por el contrario, no pasarían de las actuaciones de coordinación propias que acontecen en contratos de prestación de servicios; recuérdese que en este tipo de contratos es dable en desarrollo de tal actuación de coordinación, fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones. En efecto, en sentencia SL13020-2017, se señaló:

“[...] el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes para el desarrollo de sus actividades; **no obstante, este tipo de contratación no está vedado de la generación de instrucciones, de manera que es viable que en función de una adecuada coordinación se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre esas mismas obligaciones.** Lo importante, es que dichas acciones no desborden su finalidad a punto de convertir tal coordinación en la subordinación propia del contrato de trabajo. (resalta la Sala).

Por otra parte, es preciso señalar que en los contratos de prestación de servicios, por lo general el contratista desempeña sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios; sin embargo, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que esa actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esa perspectiva, cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de que se establezca la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al Juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.” Negrillas por la Sala.

Del mismo modo, en sentencia SL2171-2019, en torno a que el contrato en comento no impide que el contratante imponga al contratista algunas pautas e instrucciones, le exija cumplir algunos horarios, incluso tramitar, recibir y entregar documentos, aún durante largos períodos, para la obtención del objeto contractual, la Sala señaló:

[...] en este tipo de contratos no está vedado que el contratante, en función de una adecuada coordinación, establezca algunas pautas para la prestación del servicio, siempre que no desborden su finalidad y, en dicha perspectiva, es perfectamente válido que se estableciera que se debían atender las consultas que llegaren a la institución, se posibilitara que la actividad independiente del profesional se extendiera a otros establecimientos de comercio en el país y se requiriera la entrega de documentación para obtener la habilitación del consultorio ante las autoridades correspondientes. Ahora, si bien la temporalidad es una característica de dichos contratos, nada impide que su duración se pacte de manera indefinida.

[...] Además, se reitera, que en los convenios de prestación de servicios no está prohibida la fijación de horarios siempre que ello no desvirtúe su finalidad y que la entrega de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

información profesional también se acompasa con ese tipo de contratos.

[...] Tales elementos, tampoco acreditan la existencia de una relación laboral y, por el contrario, están acordes con el plurimencionado convenio, en la medida en que dan cuenta de la obligación que tenía el demandante de colaborar con el cumplimiento de la reglamentación del sistema integral de seguridad social -subsistema de salud- para obtener la habilitación del servicio de oftalmología y optometría.

[...] Por otra parte, los escritos obrantes a folios 605 a 746 versan sobre comunicaciones que el centro médico envió a emisoras radiales o a canales de televisión, a través de las cuales informó el nombre de los médicos que asistirían para llevar a cabo los diferentes programas que emitía el accionado en dichos medios, según la agenda -días y horarios- de dichas transmisiones. (Negrillas por la Sala).

Conforme a lo anterior, es posible concluir que la FUNDACIÓN GALENUS tenía la posibilidad de establecer unos compromisos relacionados con el cumplimiento de los horarios en que debe prestarse el servicio médico a sus trabajadores y demás beneficiarios, o exigir la presentación de informes e, incluso, gestionar la supervisión de las tareas a desarrollarse, siempre que dichos actos no impliquen el ejercicio de un poder subordinante, hipótesis que quedó desvirtuada en el presente asunto.

Por otra parte, y en lo que respecta al servicio que el actor prestó en el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S., no existe controversia en cuanto a que el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo el 01 de noviembre de 2017, no obstante, el actor insiste en que sus servicios se extendieron hasta septiembre de 2018, pese a que presentó renuncia en enero del mismo año.

Al respecto, es necesario aclarar que al testigo Sergio Pablo Echeverry Díaz no le consta la prestación del servicio del actor el HOSPITAL ORTOPÉDICO S.A.S., pues fue claro en señalar que después de noviembre del 2017 no laboraba con el actor: igualmente, de los documentos obrantes en el archivo 6, se encuentra que al actor se le liquidó su contrato de trabajo con

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.

fecha 28 de febrero de 2018; y no se encuentra acreditado que el actor prestó servicios hasta septiembre de 2018, ni durante un tiempo posterior a febrero de 2018. En consecuencia, considera la Sala que le asiste razón al A Quo.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00739-01
Demandante: ELKIN MEYER SILIO.
Demandado: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO INTEGRAL
MÉDICO ESPECIALIZADO GALENUS Y OTROS.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00188 -01.

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

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

Discutido y Aprobado según Acta No 010.

Procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a revolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se tenga siempre estuvo afiliada a COLPENSIONES; que se condene a PROTECCIÓN S.A. trasladar todo lo ahorrado en la cuenta individual, rendimientos, intereses y demás frutos

generados, gastos de administración, y demás rubros que hubiese recibido de la demandante a título de cotizaciones.

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

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 1 a 30 del archivo 9), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y la innominada o genérica.

Por su parte, **COLPENSIONES** (archivo 12), también se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 24 de enero de 2022, declarando la ineficacia del traslado efectuado por la

actora el 26 de octubre de 1999, mediante la afiliación al R.A.I.S. a Colmena AIG hoy PROTECCION S.A; y condenando a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la actora; a PROTECCIÓN S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses y rendimientos; y a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN S.A. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PROTECCIÓN S.A., dijo que se debe revocar lo relativo a gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que son descuentos que se efectúan por ley, y se hacen tanto por el fondo privado como por COLPENSIONES; que aunado a lo anterior los aportes de la actora generaron rendimientos; que de accederse a los gastos de administración se estarían generando un enriquecimiento sin justa causa; que la Superintendencia Financiera ha expuesto que únicamente es dable devolver lo correspondiente a aportes y rendimientos a COLPENSIONES; que la actora ha sido beneficiado de los riesgos de invalidez y sobrevivientes; que lo anterior generaría un perjuicio, los que deben ser vistos a través la materia; y que estos conceptos son objeto de prescripción.

COLPENSIONES argumentó, que la carga que se impone al fondo privado es imposible de acreditar, pues para 1999 no existía ninguna obligación de documentar el traslado o hacer proyecciones; que se lleva la carga de la prueba hasta el punto de lograr si se quiere desincentivar al posible afiliado de su traslado, lo que no estaba presupuestado para la época de la migración de la demandante; que incluso, las normas vigentes impedían que no se aceptara el traslado de los posibles afiliados; que el formulario de afiliación se suscribió de forma libre y voluntaria; y que si el incumplimiento genera un perjuicio, quien debe

resarcirlo es quien generó el daño, PROTECCIÓN S.A., no obstante, pese a los traslados de aportes, y demás valores se impone una carga que no debería soportar, no siendo justo que entré a gozar de una pensión de la que nunca contribuyó, lo que por demás estaría en contravía de la sostenibilidad del sistema.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 19 de abril de 2022, se admitieron los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES y la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso, precisando que, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, se verificarán las condenas impuestas a Colpensiones.

VI. CONSIDERACIONES

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

De la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado

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

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

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00188 -01.
Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**
Demandado: **COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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

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

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial (…) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

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

Posteriormente, respecto de **los actos de relacionamiento**, la sentencia SL6588-2021, expuso:

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

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

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

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

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o

suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado; esto, desde luego, cuando dicho desacato se acredita debidamente en el proceso, conforme se explicó. El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

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

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

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 14 de marzo de 1989 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 32 a 35 del archivo 2; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el 26 de octubre de 1999 (fl.39 del archivo 2) y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 22 de noviembre de 2018 y 09 de enero de 2019, ante PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, respetivamente, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 36 a 38, 41 a 48, y archivo 13).

A folio 39 del archivo 2 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de octubre de 1999 con Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente A.F.P. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio; omisión probatoria que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que de ello no es viable derivar una confesión, pues de su declaración no se extracta el conocimiento suficiente de las consecuencias de

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

su traslado, pues únicamente indicó que se le dijeron las ventajas del fondo privado, tales como la posibilidad de pensionarse con 1150 semanas, que se tendría el monto de los aportes cotizados en el I.S.S., que en caso de no pensionarse les devolvían sus aportes, y que en caso de fallecimiento, tendrían derecho a sus cotizaciones sus familiares.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por la A Quo, pues tal como lo ha manifestado la H. Corte Suprema, basta la mera ausencia de información al afiliado, clara, precisa y completa, para que se produzca la irregularidad del acto de cambio de régimen pensional, situación que fue exactamente la que ocurrió en el presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que la demandada, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CALDERÓN NAVARRO en el traslado que ésta realizó el 26 de octubre de 1999, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso la juez de primera instancia.

Esto que se dice conlleva entonces a que las partes deben ser restituidas al estado anterior en el que se encontraban antes de la celebración del acto cuestionado (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación de la demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual de la demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00188 -01.

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, sumas adicionales con los respectivos intereses y/o rendimientos, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**; recuérdese que en virtud de la ineficacia de traslado, las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En cuanto a la excepción de **prescripción**, se tiene que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00188 -01.

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado y que la misma lógica debe aplicarse a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles. (Al respecto véanse las sentencias SL 1688-2019 Rad. 68838; SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado ni tuvo injerencia para lograr la permanencia de la actora en el R.A.I.S.; igualmente, su negativa de no acceder al traslado, se fundamenta en una prohibición legal, razón por la que no se considera dable la imposición de las mismas.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, además de cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00188 -01.

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

administración, sumas adicionales con los respectivos intereses y/o rendimientos, también se encuentran las **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión y con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**.

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

TERCERO. -. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-008-2020-00188 -01.

Demandante: **SILVIA PATRICIA CALDERÓN NAVARRO.**

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

AUTO

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', is centered on the page.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Silvia Patricia Calderón Navarro
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**008-2020-00188-01**

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, acompaño 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: **5fee557494a15139dd886dcb596476ad1bfbac40412cfdfe496860abed87ed77**

Documento generado en 15/11/2022 09:43:53 AM

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

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