

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2018-00688-01
Demandante: **CLAUDIA ERICKA SARMIENTO VARGAS.**
Demandado: **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 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 demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **CLAUDIA ERICKA SARMIENTO VARGAS en nombre propio y de su hijo WIDER ANDRÉS BARRETO SARMIENTO** promovió contra **PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante solicita a nombre propio y de su hijo WIDER ANDRÉS BARRETO SARMIENTO el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes. Igualmente, solicita intereses moratorios, e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Manuel Antonio Barreto Obando falleció el 19

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2018-00688-01

Demandante: **CLAUDIA ERICKA SARMIENTO VARGAS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

de enero de 2018; **2)** El causante cotizó 150 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; **3)** Vivió en unión marital de hecho los últimos 15 años anteriores al fallecimiento del causante, unión de la que nació WIDER ANDRÉS BARRETO SARMIENTO, el 19 de septiembre de 2003; **4)** Junto con su hijo eran beneficiarios en salud del causante; **5)** El 19 de febrero de 2019 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, no obstante, se solicitó se cambiara el registro civil de nacimiento de su hijo, pues el allegado no cumplía con sus requerimientos; **6)** El 12 de abril de 2018 radicó nuevamente la documentación que poseía, no obstante, nuevamente le exigieron nuevos documentos, como una certificación bancaria, la que se radicó el 27 de abril de 2018; y **7)** No se ha resuelto la solicitud de pensión de sobrevivientes.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 55 a 58), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada, buena fe por parte de la demandada, y la genérica.

Manifestó que la falta de reconocimiento prestacional es consecuencia de la renuencia de la actora de aportar los documentos requeridos para dar trámite a la pensión; y que la accionante debe demostrar una convivencia con el causante dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento de éste.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 30 de junio de 2021, en la que condenó a **PROTECCIÓN S.A.** a reconocer y pagar a la actora y a su hijo WIDER ANDRÉS BARRETO SARMIENTO en su condición de beneficiarios de la pensión de

sobrevivientes reconocida por PROTECCIÓN S.A., con ocasión del fallecimiento de Manuel Antonio Barreto Obando, el 19 de enero de 2018, a partir del 13 de abril de 2018 en relación a las mesadas causadas desde el 19 de enero de 2018 hasta el 12 de abril de 2018, hasta la fecha efectiva de pago, y respeto de las mesadas causadas a partir del 13 de abril de 2018 deberán pagarse intereses moratorios art 141 de la Ley 100 de 1993, a partir de la fecha de causación de cada mesadas pensionales hasta la fecha efectiva del pago de cada mesada. Condenó a la entidad al pago de las costas procesales.

En síntesis, y en lo que interesa para resolver la alzada, el A Quo precisó que no puede tenerse como reclamación la asesoría de febrero de 2018, pues allí lo que se informó son los documentos que se debían allegar; que la reclamación pensional se efectuó el “12 de abril de 2018”, sin que se verifique que se hubiere remitido ningún tipo de respuesta por parte del fondo privado; que solo con la reclamación de octubre de 2020 se inició el trámite para reconocer la pensión de sobrevivientes, por demás que se efectuó el respectivo reconocimiento prestacional con el mismo registro civil de nacimiento que se allegó desde la reclamación del 12 de abril de 2018; y que por lo anterior, hay lugar a intereses moratorios desde el “13 de abril de 2018” hasta la fecha en que se hizo su pago.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte demandada** manifestó que en el expediente administrativo obra comunicación del 04 de mayo de 2018, en la que se dio respuesta a la reclamación del 12 de abril de 2018, y en la que se señaló que no se allegó un poder que acreditara que la apoderada era representante de la accionante, y en consecuencia que no podía ser atendida su reclamación; y que sólo hasta el 03 de septiembre de 2020 se allegó por parte de la accionante la documentación para dar trámite al reconocimiento prestacional, lo que finalizó con el pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la actora.

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 la apoderada de PROTECCIÓN, para ratificar sus argumentos.

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

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios.

DE LOS INTERESES MORATORIOS.

Conforme las voces del artículo 1° de la Ley 717 de 2003, los intereses moratorios se reconocen cuando se incurre en mora en el pago de mesadas pensionales, lo que puede ocurrir cuando no se pagan en tiempo, o se demora el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Igualmente, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto reiteradamente que la imposición de los intereses moratorios no depende de la buena o mala fe del deudor, debido a su naturaleza resarcitoria y no sancionatoria (sentencias del 13 de junio de 2012, rad. 42783, la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2018-00688-01

Demandante: **CLAUDIA ERICKA SARMIENTO VARGAS.**

Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

del 29 de mayo de 2003, rad. 18789, así como la SL8949-2017 y SL3947-2020), pese a que en casos excepciones ha aceptado que no son procedentes cuando su desconocimiento por parte de la administradora tiene respaldo normativo, ya sea porque su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley o por los alcances o efectos que a ésta le puedan dar los jueces en su función de interpretar normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, situación que a las entidades que gestionan las pensiones no les compete y les es imposible predecir (sentencias del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, así como en la SL16390-2015, SL552-2018 y SL1019-2020).

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a **i)** El nacimiento de WIDER ANDRÉS BARRETO SARMIENTO el 19 de septiembre de 2003; hijo de la demandante y del señor Manuel Antonio Barreto Obando (fl.16); **ii)** El fallecimiento del afiliado Manuel Antonio Barreto Obando el 19 de enero de 2018 (fl.17); **iii)** La asesoría brindada a la accionante del 19 de febrero de 2018, con el anexo de documentos que esta debía allegar para que se iniciara el trámite de reconocimiento pensional (fl. 20); **iv)** La solicitud de pensión de sobrevivientes elevada ante el fondo demandado el 12 de abril de 2018 (fl.19); **v)** La negativa de dar trámite a la solicitud de pensión de sobrevivientes el 04 de mayo de 2018, con base en que no se allegó poder con el lleno de los requisitos legales (fls.65 y 66); y **vi)** La nueva solicitud del derecho pensional el 02 de septiembre de 2020, así como el reconocimiento pensional el 06 de octubre del mismo año, con efectos a partir del 19 de enero de 2018 (archivo 4 del medio óptico de folio 82).

Pues bien. Encuentra la Sala que la A Quo condenó al reconocimiento de intereses moratorios, teniendo para tal efecto la solicitud del 12 de abril de 2018, la que ciertamente se respondió el 04 de mayo del mismo año por parte del fondo privado, oportunidad en la que señaló que no era procedente brindar información sobre el caso, dado que quien elevó tal reclamación a nombre de los demandantes, esto es, la Dra. Maritza Torres Campo, no allegó poder.

Así las cosas, y ante la ausencia de poder, no podía el fondo privado demandado dar trámite a la solicitud pensional, pues ciertamente se carecía de un documento idóneo que diera cuenta que la Dra. Maritza Torres Campo estaba obrando en representación de la demandante o de su hijo y, por ende, que fuera intención de éstos gozar del derecho pensional; ello, como quiera que en el expediente no obra prueba alguna de la que se puede extraer que la aludida procuradora estaba facultada para obrar a nombre de la accionante o de su hijo.

De esta manera, no se considera acertada la imposición de intereses moratorios, pues de conformidad con el artículo 1° de la Ley 717 de 2003, solo se incurriría en mora, luego de transcurridos dos meses después de radicada la solicitud por el peticionario con la correspondiente “documentación” que acredite su derecho; de modo que, al no allegarse poder por parte de quien afirmaba representar los intereses de la accionante, no podría establecerse que se había incurrido en mora, máxime si se tiene en cuenta que dicha situación se puso de presente y, pese a ello, sólo hasta el 02 de septiembre de 2020 se elevó nueva solicitud pensional, a la que se le dio respuesta dentro del término de dos meses que establece el artículo 1° de la Ley 717 de 2003, por lo que tampoco podría alegarse mora frente a tal reclamación.

Por lo anterior, atendiendo a que el plazo que tienen las entidades de pensiones para efectuar el pago de la prestación comienza a correr a partir de la radicación de los documentos

que acrediten el derecho, considera la Sala que no hay lugar a la imposición de los intereses moratorios reclamados; razón por la que se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la parte resolutive de la sentencia venida en apelación, para en su lugar reconocer indexación sobre el retroactivo pagado dado que las mesadas pensionales causadas entre el 19 de enero de 2018 y el 30 de agosto de 2020, por valor de \$27'475.332,80 no se pagaron de forma **indexada**, y en la medida que se vieron sometidas a depreciación monetaria, el retroactivo mencionado se debió reconocer debidamente indexado a la fecha efectiva de ese pago. Así las cosas, como el retroactivo efectivamente pagado en el año 2020 no fue incluida la indexación de las sumas, se condenará a la indexación de dicho pago, la que deberá efectuarse hasta el momento en que efectivamente se haga el pago.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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 primero** de la sentencia, en cuanto se condenó por concepto de intereses moratorios, para en su lugar CONDENAR a la A.F.P PROTECCIÓN S.A., a la indexación del retroactivo reconocido por las mesadas del 19 de enero de 2018 al 30 de agosto de 2020; indexación que deberá efectuarse hasta el momento en que efectivamente se haga el pago.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-010-2018-00688-01
Demandante: **CLAUDIA ERICKA SARMIENTO VARGAS.**
Demandado: **PROTECCIÓN S.A.**

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

TERCERO - Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2018-00728-01
Demandante: **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ.**
Demandado: **COLFONDOS S.A.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta 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 la parte actora, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ** promovió contra **COLFONDOS S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora aspira al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes, en calidad de madre de José Gabriel Hernández Méndez, a partir del 16 de mayo de 2017. Igualmente, solicita indexación e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** José Gabriel Hernández Méndez nació el 25 de marzo de 1964; **2)** El señor Hernández Méndez falleció el 16 de mayo de 2017, acumulando dentro de los tres años previo a su

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2018-00728-01

Demandante: **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ.**

Demandado: **COLFONDOS S.A.**

fallecimiento, 50 semanas; **3)** El causante tuvo un hijo, Javier Mauricio Hernández Romero, quien actualmente tiene 27 años y no presenta ningún tipo de discapacidad; **4)** Dependía económicamente de su hijo; y **5)** El 18 de enero de 2018 solicitó pensión de sobrevivientes, no obstante, fue negada el 13 de marzo del mismo año.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLFONDOS S.A. (fls. 98 a 109), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, y la innominada o genérica.

Aceptó las fechas de nacimiento y fallecimiento de José Gabriel Hernández Méndez; que el causante tenía 50 semanas dentro de los tres años previo a su fallecimiento; que el causante es el padre de Javier Mauricio Hernández Romero, quien actualmente tiene 27 años y no presenta ningún tipo de discapacidad; y la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por la demandante el 18 de enero de 2018, así como la negativa de la entidad a dicha solicitud el 13 de marzo del mismo año. Negó los demás hechos.

En su defensa, afirmó que de la información suministrada por la misma accionante se extrae que no depende económicamente de su hijo fallecido; que la actora percibe una pensión de \$1'691.483; y que el causante presuntamente aportaba \$600.000 al hogar, sin embargo, entre febrero y abril de 2017, este devengó \$828.000, \$477.880, y \$527.000, respectivamente, con ocasión a su estado de incapacidad, por lo que no resultan congruentes los gastos aludidos.

Mediante auto del 20 de noviembre de 2019, el juzgado dispuso la vinculación litisconsorcial de **JAVIER MAURICIO**

HERNÁNDEZ ROMERO (fl.146), quien también se opuso a las pretensiones de la demanda, y propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, exclusión de la calidad de litisconsorte necesario y ausencia de responsabilidad por parte de JAVIER MAURICIO HERNÁNDEZ ROMERO (fls. 159 a 163).

Aceptó el parentesco con el causante, las fechas de nacimiento y fallecimiento de su padre; que este tenía 50 semanas dentro de los tres años previos a su fallecimiento; que actualmente tiene 27 años, no presenta ningún tipo de discapacidad; y la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por la demandante. Negó los demás hechos.

Indicó que la actora no podía depender de su padre, como quiera que es propietaria del inmueble donde vive; es pensionada desde 2017, con una mesada equivalente a \$1'691.483; tiene dos hijos más, ambos mayores de edad y sin discapacidad; vivía con el causante y la esposa de este, así como con sus nietas Karen y Diana Marcela, ambas mayores de edad; que los documentos presentados al fondo de pensiones no dan cuenta de ningún tipo de dependencia económica; y que le fue otorgado como heredero los saldos que dejó su padre en el fondo de pensiones.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 27 de enero de 2022, dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, luego de precisar que la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, como quiera que el causante falleció en el año 2017, y que al momento del fallecimiento del afiliado acreditó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento; recordó que para que haya lugar a pensión a favor de los padres en relación con su hijo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2018-00728-01

Demandante: **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ.**

Demandado: **COLFONDOS S.A.**

fallecido es necesario que esté acreditado el presupuesto de la dependencia económica, la cual no tiene que ser absoluta, pero tiene que ser relevante, importante, no es cualquier tipo de colaboración;; y por ello luego de evaluar la prueba recaudada concluyó que, de la prueba testimonial lo que se logra establecer es que el causante únicamente colaboraba para el sostenimiento del hogar, más no que su madre dependiera de él, pues su aporte era significativo, era más una contraprestación por el uso de la vivienda donde habitaba con su madre; y que en interrogatorio de parte, la misma accionante manifestó que de sus ingresos sobrevivía, y el causante de los de él.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que de conformidad con la prueba testimonial es dable establecer que el aporte del demandante era considerable, que iba alrededor de los \$400.000-\$500.000; que la actora no tenía un dinero suficiente para sus propios gastos, y por deudas terminaba siendo inferior al del causante; que el causante era la personas que más capacidad económica tenía de aportar en la casa, pues Patricia, la otra persona no tenía ingresos; y que después del fallecimiento del causante, la actora empezó a tener muchas más deudas.

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 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para ratificar sus argumentos.

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

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si está acreditado el requisito de la dependencia económica para considerar que la demandante era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su hijo, José Gabriel Hernández Méndez.

De la pensión de sobrevivientes.

Lo primero por precisar es que la ley aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha en la que se produce el fallecimiento del afiliado o del pensionado. Así, lo ha estimado la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias del 02 de marzo de 2007, 29 de noviembre de 2011, 21 de marzo de 2012 y 30 de enero de 2013, Rads. 27593, 40.055, 43.572 y 41024, respectivamente, así como más recientemente en la SL4261-2020.

Por lo anterior, atendiendo la data de fallecimiento del señor José Gabriel Hernández Méndez -**16 de mayo de 2017**- (fl. 13), las normas que gobiernan el asunto bajo estudio son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que indican:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSION DE SOBREVIVIENTES. <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta

semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)"

“ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...) d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este”

En cuanto a la **dependencia económica**, es necesario precisar que el criterio mayoritario de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral ha estado en armonía con lo expuesto en las sentencias del 05 de febrero de 2008, Rad. 30992, 03 de diciembre de 2014, Rad. 46892, y SL5292-2018, en la que se señaló que antes y después de la expedición del literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, e incluso mientras estuvo en vigor el enunciado que ella traía sobre el requisito de dependencia económica *“de forma total y absoluta”*, dicha dependencia está concebida bajo el presupuesto de la **subordinación de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para poder subsistir**, lo que no descarta *“que aquellos puedan recibir un ingreso adicional fruto de su propio trabajo o actividad, siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, desapareciendo así la subordinación que predica la norma legal”*.

Igualmente, en sentencias SL4811-2014 y SL14923-2014, respectivamente, la misma Corporación expuso que, el hecho de que la dependencia no deba ser total y absoluta, tampoco significa que cualquier estipendio que se le otorgue a los familiares pueda ser tenido como prueba determinante para ser beneficiario de la pensión, pues esa no es la finalidad prevista desde el inicio, ni menos con el establecimiento en el sistema de seguridad social, cuyo propósito, se insiste, es servir de amparo para quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les

colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

En tales términos, aunque no debe ser total y absoluta la dependencia económica, en todo caso, debe existir un grado de ella, para lo cual dicha Corporación ha identificado dos condiciones: una falta de autosuficiencia económica, lograda a partir de otros recursos propios o de diferentes fuentes; y dos, una relación de subordinación económica, respecto de los recursos provenientes de la persona fallecida, de manera que, ante su supresión, el que sobrevive no puede valerse por sí mismo y se ve afectado en su mínimo vital en un grado significativo.

De lo dicho se sigue que la dependencia económica requerida por la ley, para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe contar cuando menos con los siguientes elementos: **i)** debe ser cierta y no presunta, esto es, que se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres; **ii)** la participación económica debe ser regular y periódica, de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario; y **iii)** las contribuciones que configuran la dependencia deben ser significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios de manera que se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente. (ver frente al punto la CSJ-SL 4483-2021)

Tales condiciones, como también lo ha sostenido la Corte, deben ser analizadas en los momentos previos al fallecimiento y no después de tal suceso (sentencia del 04 de diciembre de 2013,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2018-00728-01

Demandante: **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ.**

Demandado: **COLFONDOS S.A.**

Rad. 52770) y en cada situación en concreto, a partir de la condición económica del presunto beneficiario y de acuerdo con las pruebas regular y oportunamente practicadas en el trámite del proceso (sentencia del 19 de noviembre de 2013, Rad.44701).

DEL CASO EN CONCRETO.

En el proceso está acreditado y no es objeto de controversia en la instancia, lo relativo a: **i)** El parentesco entre el afiliado causante y la aquí demandante (fls.12 y 14); **ii)** El fallecimiento de José Gabriel Hernández Méndez el 16 de mayo de 2017 (fl.13) **iii)** Las cotizaciones al sistema del causante por 154,28 dentro de los últimos tres años de vida (fls.15 a 17); **iv)** el reconocimiento pensional en favor de la actora de una pensión de vejez desde el 01 de marzo de 2000, teniendo como mesada para 2017, la suma de \$1'691.483 (fls.53 a 58); **v)** la solicitud de pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo el 18 de enero de 2018), así como la negativa de la AFP del 13 de marzo del mismo año ((fls. 22 y 23 y 51 y 52); **vi)** La solicitud de pensión de sobrevivientes por parte de Javier Mauricio Hernández Romero el 16 de agosto de 2017, y el reconocimiento a su favor, por parte de la AFP, de los saldos de la cuenta de ahorro individual de causante por valor de \$151'542.087 (fls.113 a 123)

Adicional a la prueba obrante a folios 8 a 62, 110 a 145, 164 a 190, comparecieron a rendir testimonio **Claudia Patricia Hernández Méndez, Víctor Alejandro Casas y Martha Janeth Beltrán**, quienes manifestaron lo siguiente:

Claudia Patricia Hernández Méndez afirmó ser hija de la actora y haber vivido con el causante diez años antes de fallecer; que vivían en el apartamento de su madre; que el causante le colaboraba a su mamá mensualmente, no con una cantidad exacta, a veces con \$400.000, \$500.000, \$600.000, o cuotas extraordinarias que se tenían en el apartamento; que los recursos de su mamá no eran suficientes para la manutención del

apartamento; que no contaba con un trabajo estable; que el actor ayudaba con la mayoría de los gastos del apartamento; que con lo que el actor le daba a su mamá, esta pagaba servicios, administración o alguna deuda que tuviera; que los últimos cuatro meses, el causante estuvo incapacitado y le bajó el salario, pero para sobrevivir consiguieron préstamos, los vecinos les colaboraron, así como la familia de su sobrino; que el causante falleció de cáncer de próstata; que la E.P.S. le daba la gran mayoría de medicamentos al causante y sólo en dos oportunidades tuvieron que comprarle morfina; que la pensión de su madre es de \$1'500.000, pero de esa pensión le hacían un descuento del 50%, de dos o tres cooperativas con las que ella tenía préstamos, por tanto, mensualmente recibía \$600.000 o \$700.000; que su hermano tenía un sueldo de \$900.000 y comisionaba, no tenía gastos adicionales porque no pagaba arriendo ni tenía obligaciones, por lo que colaboraba en la casa para la manutención de esta; que los gastos del actor eran alimentación, servicios, y su mamá tenía la tarjeta crédito fácil de Codensa, y esta les servía para comprar mercado cuando no alcanzaba el efectivo; que adicionalmente se pagaba televisión; que el mayor gasto en el apartamento era de Condensa, en agua se pagaba \$150.0000, en gas \$110.000, Claro \$200.000, adicional de los otros gastos que se tenían en la casa; que se pagaba de administración \$120.000 o \$130.000; que labora como Monitora de Ruta, pero su trabajo comenzó a raíz del fallecimiento de su hermano; que antes tenía ingresos esporádicos, como hacer las actas del consejo de administración, las actas de las asambleas, costuras, sin embargo, lo que recibía no mucho y con ello, solventaba sus gastos; que su hermano no tenía gastos fijos, puesto que no tenía obligaciones económicas, por lo que sus ingresos eran para su uso, así que podía hacer uso de su sueldo para colaborar en el apartamento; que los últimos meses al causante se le redujo el sueldo considerablemente, porque como no trabajaba, no le pagaban comisiones..

Por su parte, **Víctor Alejandro Casas** señaló que es amigo de la familia de la actora desde hace 18 años, ya que su infancia la pasó en el barrio donde vivían; que el causante vivía en casa de su madre, lo veía permanentemente; que cuando acompañaba a la actora para que retirara parte de su pensión, siempre se quedaba corta, debido a que había refinanciado muchas deudas y la pensión no alcanzaba para el sostenimiento de la casa; que el causante ayudaba para el mercado, la comida, la administración, y también para pagar las deudas; que en el hogar de la actora también vivía su hija Patricia, pero esta nunca tuvo un contrato estable; que el salario del causante, más o menos eran \$900.000; y que el causante tenía un hijo, pero era mayor de edad.

Finalmente, **Martha Janeth Beltrán** señaló que era administradora de la propiedad horizontal donde vivía la actora y el causante; que era amiga de la familia de la actora; que aunque la demandante era pensionada, tenía deudas con cooperativas, sus ingresos se iban a esos fondos para cubrir las deudas; que la familia se veía alcanzada porque incluso tuvo que hacer un acuerdo de pago de administración; que el causante colaboraba más o menos con \$500.000, no tenía otro gasto, no le cobraban arriendo, era separado y tenía un hijo que era mayor de edad, entonces sólo tenía para ayudar a la mamá, eso imagina; que Patricia hacía trabajos de costura, actas de asamblea, y la asamblea aprobó que se le pagara por la elaboración de estas, pero los ingresos eran pocos, \$120.000, y se le colaboró por un tiempo, como tres meses, pagándole \$50.000; que ahora Patricia es Monitora de ruta; y que quien le colaboraba con sus gastos a la actora era el causante.

Pues bien. Efectuado el análisis del acervo probatorio recaudado, así como la valoración que el A Quo le otorgó al mismo, debe decirse que la Sala acompaña la decisión absolutoria de la primera instancia, por cuanto que, tal y como lo advirtiera el A Quo no está suficientemente acreditado que la

demandante dependiera económicamente de su hijo fallecido, pues conforme lo dicho por los testigos es dable extraer que el suministro de recursos que efectuaba José Gabriel Hernández Méndez a su madre, únicamente se ubicaba en el campo de la colaboración o de un auxilio a favor de su madre, pero no en forma alguna que constituyeran un verdadero soporte o sustento económico para su subsistencia.

En efecto, lo primero por resaltar es que para el momento del fallecimiento del causante, la demandante recibía una pensión de vejez por valor de \$1'691.483, y aunque según el testimonio de Claudia Patricia Hernández Méndez, - testigo que fue evaluado con mayor rigurosidad por su calidad de hija de la actora -, los gastos del hogar donde esta vivía por concepto de agua, gas, administración y "Claro" ascendían a \$580.000 aproximadamente, lo cierto es que dicha manifestación en sentir de la Sala resulta insuficiente para acreditar per se y de manera certera y contundente, los gastos del hogar, señalando además que la prueba arrojada en tal sentido visible a fls 115 a 122 del archivo "01expediente20100728" no resulta idónea para acreditar la dependencia económica, pues toda se circunscribe a gastos de un año (2018) para el que ya había fallecido el causante; igualmente, en relación con la restante prueba testimonial, los declarantes señalaron que el causante colaboraba con los *gastos de mercado*, sin mencionar si quiera, de manera aproximada, el valor que se pagaba por tal rubro.

Ahora bien, no desconoce la Sala que para el año 2017, a la demandante le eran descontados valores de su pensión por concepto afiliación a Coexpocredit, \$1.000, afiliación Coomulservicios, \$3.689, préstamo Coexpocredit, \$628.852, y préstamo Coomilservicios, \$108.000; quedándole con un neto de \$746.942 (fl.56); valor que se considera suficiente para solventar sus propios gastos, y que en consecuencia el valor que pudiere reconocer el causante, no era significativo, pues conforme a los valores aritméticos aludidos no tenía la suficiente envergadura

para que en caso de no reconocerse se pusiera en riesgo la subsistencia de su madre.

Finalmente, debe advertirse que la Sala no encuentra suficientemente acreditado que para el momento del fallecimiento de causante, la demandante tuviese vigente una deuda con Crédito Fácil Codensa, pues si bien debía pagar la suma de \$451.242 mensuales, la documental que se allegó es de mayo de 2018, fecha posterior al fallecimiento del causante- 16 de mayo de 2017- (fl.59). Aunado a ello, de la declaración de la testigo Claudia Patricia Hernández Méndez, es posible colegir que dicho crédito hacía parte de los gastos generales del hogar y que era esporádico, pues hizo alusión a que con la tarjeta de Codensa, se pagaba mercado, cubrir cuotas de otras tarjetas, o para hacer reparaciones de electrodomésticos, como calentador, estufa o lavadora, por lo que no se usaba permanentemente, por demás que las deudas que se adquirían eran para cubrir obligaciones del hogar, el que se reitera estaba conformado no sólo por la actora, sino también por el causante, y la aludida declarante, por lo que, no es dable deprecar que estuvieran únicamente dirigidos a solventar los gastos de la accionante, valga anotar que en el hogar no sólo habitaba el causante sino también su hija, Claudia Patricia Hernández Méndez, y por ende lo gastos aludidos no correspondían únicamente a la accionante.

Por tanto la Sala concluye que la activa no logró acreditar la dependencia económica del causante en los términos decantados por la jurisprudencia y que la suma que por concepto de pensión de vejez percibía la demandante al momento del fallecimiento de su hijo resultaba suficiente para solventar los gastos del hogar en el que vivía, y que el aporte suministrado por el causante o en forma alguna resultó esencial o constituyó un verdadero soporte o sustento económico para su subsistencia de la madre, no quedando evidenciado que la ausencia de la ayuda pusiere en riesgo el auto sostenimiento de la madre .

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2018-00728-01

Demandante: **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ.**

Demandado: **COLFONDOS S.A.**

Por lo brevemente expuesto, la sentencia de primera instancia se confirmará íntegramente.

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 05-015-2018-00728-01

Demandante: **LUCILA MÉNDEZ MÉNDEZ.**

Demandado: **COLFONDOS S.A.**



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 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE** promoviese contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad por ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Administradora de Pensiones y Cesantías Colmena - hoy PROTECCIÓN S.A.-; y que su afiliación en el régimen de prima media permaneció incólume. Como consecuencia de lo anterior, solicita que COLPENSIONES

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

inscriba sin solución de continuidad la afiliación del actor como si nunca se hubiere ido; y a PROTECCIÓN S.A., trasladar todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación a COLPENSIONES, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración, así como los demás dineros aportados.

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. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

PROTECCIÓN S.A. (archivo 7), 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 17), 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 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 22 de noviembre de 2021, declarando la ineficacia del traslado efectuado por el actor al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, el traslado de todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenando a AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración; y a COLPENSIONES a volver a afiliar al actor al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PROTECCIÓN S.A. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., señalando como agencias en derecho la suma de \$1'000.000.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES, adujo que la seguridad social es un derecho autónomo regulado por la Ley 100 de 1993, encontrándose dentro de los principios que la rige, el de la libertad de elección; que son las autoridades administrativas que se establecen en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 las que pueden determinar si existe o no un acto ineficaz; que COLPENSIONES es una entidad ajena al acto de traslado del actor, por demás que para la época del traslado no existía el deber de brindar doble asesoría; que no se acreditaron vicios del consentimiento; que conforme a las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, nadie puede resultar subsidiado en su pensión por recursos efectuados en otro esquema, por lo que, se podía generar una descapitalización de este; y que se autorice a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

COLPENSIONES accionar por los perjuicios por las vías legales para tal fin.

PROTECCIÓN S.A., dijo que no es dable remitir gastos de administración, pues los descuentos de la cotización, se efectuaron de conformidad con la ley, se hicieron como consecuencia de una buena administración de los rendimientos del actor, y se trata de valores ya causados; que opera prescripción de los gastos de administración por tratarse de un valor que es de tracto sucesivo, y no financia directamente la pensión de vejez.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero 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 de la parte actora, para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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.

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

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

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se encontraba afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 09 de mayo de 1978 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 10 a 14 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 21 de julio de 1999 (fl.21 del archivo 2); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 14 de enero de 2020, ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 3 a 9 y 15 a 20 del archivo 2).

A folio 21 del archivo 2 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 21 de julio 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 su traslado, ya que únicamente indicó que sólo firmó el

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

formulario de afiliación, el que entregó en blanco, y que no recibió información de ningún asesor, pues el conocimiento que le daba confianza en los fondos privados devenía de la propaganda que tenían en televisión; luego, de tales manifestaciones no pueden derivarse consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el 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 al no haberse arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar al señor YEPES USECHE en el traslado que éste realizó el 21 de julio de 1999 por parte de la AFP encartada, , 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 el 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 del demandante con el I.S.S., hoy COLPENSIONES, no sólo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro individual del demandante, esto es, PROTECCIÓN S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de las aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, y gastos de administración, se deben devolver los valores que hubiere recibido por concepto de **bonos pensionales, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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).

Finalmente, respecto de solicitud efectuada por COLPENSIONES relativa a emitir autorización para que pueda adelantar las acciones judiciales contra el fondo privado por los perjuicios que le ocasiona aceptar el traslado del accionante, valga decir que dicha entidad tiene completa libertad para ejercer las acciones que considere adecuadas para lograr el resarcimiento de los daños que a su juicio cree se le están ocasionado con la declaratoria de ineficacia del traslado; y que su derecho de acción no está supeditado o condicionado en modo alguno a alguna orden que deba impartir esta Corporación, por lo que, conforme a tal lineamiento no se hace necesario modificar ni aclarar la sentencia en tal sentido.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que dentro de los valores que debe devolver PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado del demandante, además de las aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, y gastos de administración, se deben devolver los valores que hubiere recibido por concepto de **bonos pensionales, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-035-2020-00204 -01.

Demandante: **OSCAR ALBERTO YEPES USECHE.**

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: OSCAR ALBERTO YEPES USECHE
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**035-2020-00204-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **a810138b76e684d88c5916c49122d9834e1969f4baccd4d6ebdfc907dbe532cb**

Documento generado en 31/10/2022 11:06:20 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 05-031-2021-00003 -01
Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**
Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

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 Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **PAULO EMILIO LÓPEZ PEÑA** promovió contra el **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

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 01 de marzo de 2000 al 13 de febrero de 2020; que la relación laboral terminó sin justa causa; que la retención de las cesantías y prestaciones sociales que se le hizo es ilegal; y que le fueron ocasionados perjuicios materiales y morales. Como consecuencia de lo anterior, solicita la indemnización por

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00003 -01

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

despido sin justa causa, perjuicios por concepto de daño emergente y lucro cesante, perjuicios morales, indemnización moratoria, e indexación.

Subsidiariamente, solicita los salarios dejados de pagar desde el 14 de febrero de 2020, en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley 789 de 2002; y los aportes a pensión para el riesgo de pensión de vejez.

Como fundamento de sus pretensiones el demandante argumentó que: **1)** Suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, con fecha de inicio 01 de marzo de 2000; **2)** El contrato de trabajo terminó de manera sorpresiva por parte del **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA** – en adelante C.I.R.E.C- el 13 de febrero de 2020 por una presunta justa causa, sin que se procediera a informar, dentro de los 60 días siguientes de tal hecho, el estado de sus cotizaciones y parafiscalidad de los últimos tres meses de labor; **3)** No se adelantaron descargos, así como al momento de la terminación de su contrato de trabajo contaba con 51 años y 6 meses; **4)** De su salario vivía modestamente, pagando arriendo, alimentación, vestuario, transportes, y suplía las necesidades comunes y usuales de toda persona humilde y con muchas adversidades por estar su hija en la universidad; **5)** Por su edad no ha podido conseguir un nuevo empleo, padece de total insolvencia para pagar el arriendo, sus propias necesidades, y continuar ayudando a sus hijas universitarias; **6)** Su estado de desempleo le generó un grave desasosiego, inseguridad, inestabilidad emocional en lo íntimo como en lo familiar, y social, trastornos en el estado de ánimo, episodios depresivos, y trastornos de ansiedad con episodios de angustia; y **7)** Su I.B.L. en seguridad social se ha visto disminuido y, en consecuencia, su pensión se calculará sobre un monto inferior.

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

C.I.R.E.C. (archivo 12), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó terminación unilateral por parte de C.I.R.E.C. respecto del contrato de trabajo del señor PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA fue con justa causa; pago total de los derechos laborales y uso del derecho de consignación con orden de retención; buena fe de la demandada C.I.R.E.C.; inexistencia de derecho para reclamar ninguna de las indemnizaciones referidas en las pretensiones de la demanda; temeridad y mala fe del demandante; y la genérica.

Aceptó los hechos relativos a que el demandante fue vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido el 01 de marzo de 2000. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la causa de terminación del contrato de trabajo del actor corresponde a actos defraudatorios en que incurrió éste con base en la investigación que se inició desde el año 2012 cuando ingresó a C.I.R.E.C. el actual Director Ejecutivo Dr. Daniel Andrés Gómez Perico Ramírez (sic), fecha en la que la entidad tuvo que soportar la pérdida de \$561'729.739 al 30 de junio de 2013 en inventarios; que ese proceso de investigación se siguió de forma permanente, logrando visualizar las deficiencias de seguridad y control en las áreas administrativa, operacional y comercial; que a inicios del 2020, la funcionaria Laura Alejandra Moreno Gálvez puso en conocimiento de sus superiores conductas que calificó de deshonestas por parte del actor, las que concretó en el funcionamiento de un negocio propio de arreglo y venta de prótesis dentro de la fundación, con usuarios de C.I.R.E.C. o terceros, para lucrarse en su propio beneficio, en complicidad con otros empleados como el señor Michael Ernesto Romero Puin, Iván Darío García Bonilla, y Bernardo Peña; que adicional a lo anterior, se corroboró por medio del señor Michael Ernesto Romero Puin, que el actor realizó actividades y conductas, incluso de orden penal, realizando arreglos y

adecuaciones de la prótesis de la pierna de la señora Marta Isabel Puin Vargas, madre del señor Romero Puin; que a través del testimonio del señor Michael Ernesto Romero Puin, se logró determinar que el demandante realizaba la sustracción y venta de espumas y componentes; que los testimonios mencionados fueron material probatorio para iniciar denuncia en contra del demandante, y terminar el vínculo laboral de dicho trabajador con justa causa el 13 de febrero de 2020; y que el actor recibió al momento de la terminación de su vínculo laboral el 13 de febrero de 2020, el certificado de aportes al sistema de seguridad social y parafiscalidad, con corte al 31 de enero de 2020, con la información de los últimos tres meses, certificación que la firmó el actor de su puño y letra.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 06 de diciembre de 2021, mediante la cual dictó sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 01 de marzo de 2000 al 13 febrero de 2020, y **absolvió** de las demás pretensiones.

En síntesis, la A quo refirió que está acreditada la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 01 de marzo de 2000 al 13 de febrero de 2020; que está acreditado el hecho del despido con la carta de terminación del contrato de trabajo; que el empleador acreditó la justa causa, puesto que del dicho del testigo Miguel Ángel Bernal es claro que el demandante fabricaba prótesis en el laboratorio de la demandada, así como de las declaraciones extraprocesales de Laura Alejandra Moreno Gálvez, Iván Darío García Bonilla, Marta Isabel Puin Vargas, – las que se tuvo como documentos, por no ser tachados ni desconocidos-, en que las que se indica que el demandante incurría en venta de componentes de C.I.R.E.C. para su beneficio propio, que lo hacía en instalaciones de ésta, y que

ha recibido propuestas en efectivo por parte de clientes; que no se realiza pronunciamiento alguno frente al hecho punible, el que por demás en este momento es conocido por la justicia penal; que no había lugar a iniciar proceso disciplinario, pues el despido no es sanción disciplinaria conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia; que al demostrarse que el despido fue con justa causa, no es dable el reconocimiento de perjuicios; que está acreditado el pago de aportes a seguridad social; y que existe un proceso penal en trámite, por lo que no procede la indemnización moratoria por la falta de pago de cesantías en la liquidación de prestaciones sociales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que la carta de despido establece las circunstancias de modo, tiempo, y lugar de las presuntas faltas en que incurrió, no obstante, y si bien no se pidió la ratificación de las personas que rindieron declaración extraprocesal, la juzgadora pudo hacerlo, pues sus dichos versan sobre garantías de derechos sustanciales, como lo es el derecho al trabajo, por demás que éstos no dan la razón ni ciencia de sus manifestaciones, y no establecen el modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; que la Corte Constitucional ha establecido la necesidad de llamar a la persona a rendir descargos, especialmente cuando le imputan delitos; que por qué para despedir no se impone un procedimiento, pero sí para sancionar; y que no se evaluó la prueba en su integridad, por demás que la carta no reunía los requisitos para despedir al trabajador.

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 el despido del accionante devino en injusto y si se debía agotar algún tipo de procedimiento previo para llevar a cabo la terminación del contrato de trabajo.

De la terminación del contrato sin justa causa.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, de un lado, el trabajador debe probar el hecho del despido, y por su parte, el empleador tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que el fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Igualmente, la misma Alta Corporación, ha insistido en establecer, que si bien no tiene incidencia la errada citación de normas que nada tienen que ver con las causas de terminación

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00003 -01

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

de la relación laboral, **sí importa y es fundamental que la parte afectada se entere del hecho justificante, o en otras palabras, que el trabajador tenga la posibilidad de identificar los motivos concretos que se le imputaron y que dieron lugar a su despido.** Al respecto, se puede consultar las sentencias del 25 de octubre de 1994, Rad. 6874, 02 de mayo de 2012, Rad. 42358, y más recientemente SL2123-2020, en las que se tiene dicho:

“Debe aclararse que, aunque la sociedad demandada no citó la norma en que subsumió los hechos, ello no era un imperativo conforme lo tiene adoctrinado la sala, pues bastaba con identificar los motivos concretos que se le imputaron al trabajador y que dieron lugar a su despido, correspondiéndole al juez verificar si los motivos invocados estaban o no tipificados en el ordenamiento. Al respecto en sentencia CSJ SL 22041, 1º jun. 2004, se precisó:

Acerca de esa manera de invocar el motivo o la causa que determina el rompimiento del vínculo laboral, la Sala tiene definido que resulta suficiente que el empleador manifieste los hechos o motivos que dan lugar a la terminación de la relación laboral, sin que sea imperativo citar la norma en que se subsumen, pues corresponde al juez determinar si los mismos están tipificados como justa causa legal para romper el nexo contractual [...].”

De igual manera, ha de recordar la Sala que no existe una exigencia legal respecto de un modelo único de carta de despido, y que basta que el empleador le señale al trabajador en ella, **los motivos por los cuales prescinde de sus servicios o le indique las causales legales, reglamentarias o contractuales, dentro de las que se enmarca la conducta que le imputa como falta.** Así lo tiene adoctrinado la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral en las sentencias SL10426-2017 y SL7038-2017 que reiteró la sentencia SL8028-2014, en la que indicó:

“Sobre este aspecto, tiene asentado la Sala que aunque es indispensable que en la carta de despido se señalen los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador, el empleador cumple con esa carga describiendo los sucesos que soportan la medida, o invocando el precepto legal eventualmente trasgredido por el empleado, o ambos si lo prefiere”.

Por otra parte, y en relación con el **procedimiento disciplinario** es necesario precisar, que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la SL15245-2014 y SL2351-2020, ha explicado que, si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia SL2351-2020.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada dicha Sala de Casación Laboral tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia SL2150-2020, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «despido» con la sanción de «destitución» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «despido» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «destitución». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

DEL CASO CONCRETO

No existe controversia o están acreditados en el proceso los siguientes hechos: **i)** La prestación personal de servicios del demandante en favor del demandado mediante contrato a término

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00003 -01

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

a término indefinido desde el 01 de marzo de 2000 y hasta el 13 de febrero de 2020; , para desempeñar el cargo de Técnico Protesista, con una remuneración de \$964.000 (fls. 1 y 2 del archivo 3); **ii**) La terminación de manera unilateral por parte del empleado del contrato de trabajo, quien alegó una justa causa (fl. 3 del archivo 3) **iii**) La presentación por parte del demandante de solicitud el 14 de febrero de 2020 ante el Ministerio de Trabajo para que se estudiaran conductas de presunto acoso laboral (fls. 11 a 17 del archivo 3); **iv**) La retención por parte del empleador del pago de cesantías del trabajador, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 250 del C.S.T. (fls. 63 del archivo 12); y **v**) La presentación por parte de la demandada de denuncia penal contra el actor por la presunta comisión de los delitos de “*imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias y hurto agravado por la confianza*” el 18 de marzo de 2020. (fls. 37 a 48 del archivo 12).

Adicional a la documental obrante en el archivo 3 y los folios 15 a 73 de los archivos 12 y 14, compareció a rendir testimonio **Miguel Ángel Bernal**, quien señaló que el actor era quien fabricaba la prótesis de su hija, ya que la Universidad Nacional estaba inscrita a C.I.R.E.C; que el actor fabricaba las prótesis en el laboratorio de C.I.R.E.C.; que asistía al sitio donde el actor prestaba sus labores tres veces al año, hasta antes de la pandemia; que cuando el actor dejó de prestar sus servicios a C.I.R.E.C., se decía que “tenían un complot para robar”, sin embargo, sólo intentaba hacerle un bien a la institución, puesto que las prótesis se demoraban más de un año en darlas; que le prestaba los aditamentos para que el actor sacara los moldes de las prótesis de rodillas y pelvis; que C.I.R.E.C., le realizaba una prótesis al año a su hija; que la prótesis de su hija dura cinco años, y la que tiene ya lleva cuatro o cinco años; que le entregaba al actor los aditamentos para que él hiciera el molde, ya que a su hija le debían hacer un modelo especial; que le entregaba esas cosas al actor y no a C.I.R.E.C., porque era con quien tenía contacto directo; que manejaba todo con el actor porque las citas

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

las pedía a nombre de él, él lo atendía y le hacía entrar a los cubículos; que no sabe si el actor tuvo un negocio de comercialización de prótesis mientras trabajó en C.I.R.E.C.; y que el demandante nunca le propuso hacer por fuera de C.I.R.E.C., elementos de prótesis para su hija.

Por otra parte, se arrimaron las declaraciones extraprocesales de **Laura Alejandra Moreno Gálvez, Michael Ernesto Romero Puin, Iván Darío García Bonilla, Marta Isabel Puin Vargas y Liliana Fernanda Lugo Herrera**, (fls. 23 a 34 del archivo 12) pruebas que se tendrán en cuenta como documentos declarativos emanados de terceros, al no haberse pedido su ratificación. Al respecto, se puede consultar las sentencias del 06 de marzo de 2013, rad. 42536, así como las SL16322-2014, SL1188-2015, SL1227-2015, SL3103-2015, SL5665-2015, SL19563-2017, y SL2926-2020.

La señora **Laura Alejandra Moreno Gálvez** manifestó que no le gustaba trabajar con el actor, ya que sobrecargaba de trabajo a sus ayudantes y era deshonesto; que tal apreciación era porque días pasados el señor Michael llegó de inducción, y que lo vio hablando con el demandante, acerca de que éste necesitaba una adaptador para una prótesis transtibial y una araña pequeña, y que le dijo a Michael que no fuera a hablar del tema; que le dijo a Michael que necesitaba el elemento para un paciente que tenía, ya que trabajaba como independiente en procesos de adaptación de pacientes en casa; que en días pasados un paciente pasó preguntando por un pie, a lo que respondió que debía pasar donde Tatiana para que la compra se efectuara con C.I.R.E.C., ya que los técnicos y auxiliares no venden componentes, y éste le manifestó que el demandante le había vendido uno; que vio un paciente dirigirse al actor, preguntándole que en cuánto le dejaba una rodilla, hizo un ruido, y no hablaron más; que el actor ha manifestado que ha recibido propinas por parte de clientes por entrega de componentes, lo que le consta porque una vez le preguntó y éste afirmó que si ellos querían hacerlo, por qué no,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00003 -01

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

por ejemplo cuando hace entregas en un tiempo menor; que un paciente en una ocasión, preguntó por unas medias, fueron a la planta de producción, sacó dos o tres medias, empezaron a hablar de precios, y el cliente salió con las medias; y que en un pedido anterior que estaba realizando, Iván vio cuando sacó una rodilla 2000, y le pidió la caja, le iba a pasar de otro producto, pero él le dijo que necesitaba la de la rodilla, y que le dejara manuales, bomper, se la entregó, e hizo como si fuera a trabajar pero vio que éste estaba armando una nueva caja y que estaba empacando en la caja que le dio una rodilla.

Por su parte, **Michael Ernesto Romero Puin** señaló que ha visto y escuchado sobre la venta de espumas y componentes de Iván Darío García Bonilla y el actor, dentro de las instalaciones de C.I.R.E.C.; que dichas personas han realizado actividades irregulares tales como, pulir ocho espumas aproximadamente para procesos transfemorales y transtibiales, reventa de medias cosméticas que tiene en el stock ya que hay pacientes que no las usan, arreglos de prótesis y órtesis, por lo que cobran alrededor de \$120.000, ventas de otras materias primas como resina y fibra de carbono, venta de componentes de articulaciones de tobillo, y ofrecimiento de servicios externos más económicos para terminaciones de socket personalizados; que también ha visto que el actor e Iván Darío García Bonilla fabrican dentro del área de producción los encajes definitivos en resina poliéster o acrílica de pacientes que no son de los procesos ingresados en C.I.R.E.C.; que dichas actividades las evidenció al ver que su madre, Martha Isabel Puin, necesitaba un socket para una pierna por tener una amputación, y el actor le dijo que podía fabricarlo, le solicitó el molde, y la hizo utilizando carbono y resina de C.I.R.E.C.; que por el anterior servicio le cobró \$800.000; que el demandante e Iván García lo que hacen es que de los elementos que se asignan a los pacientes y que estos no usan, como espumas, socket, endosocket, entre otros, los guardan, y no los devuelven al almacén; que los pacientes también dejan prótesis que nos les sirven, y ellos sacan componentes y los venden; y que el 24 de

enero de 2020 vio como el señor Iván García botó una rodilla del área de producción con un pie completo y una funda cosmética, así como a mediados de noviembre de 2019, sustrajo una bolsa de articulaciones marca tamara, los que vendió por fuera de C.I.R.E.C., por valor de \$300.000.

Iván Darío García Bonilla señaló que ha atendido pacientes en las instalaciones de C.I.R.E.C., haciendo arreglos de componentes varios; que el paciente Luis Fernando Reyes que se encuentra en C.I.R.E.C., realizando un proceso de adaptación protésica se le acercó el 03 de febrero de 2020, preguntando si le podía ayudar con la personalización de la prótesis antigua que ya le había arreglado el actor; que el proceso solicitado no se debería realizar en la fundación, pues lo que se encuentra en la historia clínica del paciente es el proceso de la prótesis nueva; y que por lo anterior, está seguro que el actor ésta tomando los componentes pertenecientes a C.I.R.E.C. para este proceso en su beneficio propio, lo que no está bien hecho.

Martha Isabel Puin Vargas, señaló que el actor le ofreció a su hijo una prótesis, con un sistema de socket para mejorar su calidad de vida, pues subía y bajaba de peso constantemente; que el actor le dijo que lo único que debía hacer era tomar el molde, y dárselo; y que su hijo tenía un amigo que le pidió que le hiciera un socket, no obstante, recurrió a donde el actor para que le colaborara, quien le dijo que le ayudara a conseguir los materiales.

Finalmente, **Liliana Fernanda Lugo Herrera**, expuso que el señor Miguel Ángel Bernal se acercó a solicitar una prótesis, no obstante, al verificar el sistema se percató que sólo tenía dos autorizaciones en los últimos cinco años, y que se habían realizado las correspondientes entregas; que encontró que dentro de C.I.R.E.C. se encontraba la prótesis solicitada por el usuario en poder del demandante, por lo que llamó al usuario y éste informó que el actor le iba a realizar un arreglo, pese a que no

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

tenía ningún tipo de autorización ni soporte para que este se realizara; que el cliente informó que normalmente el actor no solicitaba autorización ni agendamiento; y que posteriormente, el señor Miguel Bernal se comunicó nuevamente con ellos, señalando que se había dejado la prótesis para que se realizara copia del socket de la prótesis, lo que le pareció aún más raro, informando al Director Ejecutivo.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte que el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación del folio 3 del archivo 3, en la que quedaron plasmadas las conductas que motivaron el finiquito contractual, así:

“a. sustraer para comercializar en su propio beneficio componentes y materias primas entregados a usted para el desarrollo de las actividades propias de su cargo. Actividad prohibida en el artículo 60 numeral 1 del Código Sustantivo de Trabajo.

b. Usar las instalaciones, maquinaria y materias primas para la fabricación de encajes definitivos en resina de poliéster o acrílica de pacientes que no hacen parte de los procesos de CIREC; actividades que realizó exclusivamente para su lucro personal. Actividad prohibida en el artículo 60 numeral 8 del Código Sustantivo de Trabajo.

Tales conductas igualmente están previstas como prohibidas en el Reglamento Interno de Trabajo tal como consta en los numerales 1 y 8 del artículo 52.

Igualmente, dichas conductas están contempladas como justa causa para terminar el vínculo laboral de acuerdo con lo previsto por el artículo 62 numeral 5 del Código Sustantivo de Trabajo.

Por último, con base en lo dispuesto por el artículo 250 numeral 1 del mismo código se procede a la retención de su cesantía del año 2019 y 2019; así como se informará a su Fondo de Pensiones PORVENIR para que se abstenga de entregar las cesantías que aún reposen en tal entidad por no haber sido retiradas por el trabajador. La respectiva denuncia penal se instaurará en los próximos días.

La terminación de su contrato se hace efectiva a partir de la fecha.

Las demás prestaciones sociales y salarios, le serán pagados a la firma del presente documento”.

De esta manera, encuentra la Sala que el demandante conoció plenamente las razones de su despido, pues en la carta de terminación se señaló que lo eran básicamente las conductas de sustraer para comercializar en su propio beneficio componentes y materias primas entregados a para el desarrollo de las actividades propias de su cargo, y usar las instalaciones, maquinaria y materias primas para la fabricación de encajes definitivos en resina de poliéster o acrílica de pacientes –clientes - que no hacen parte de los procesos del empleador, actividades que realizó para su lucro personal; por manera que, conforme a criterio expuesto en sentencia SL8028-2014 reiterada en las providencias SL10426-2017 y SL7038-2017, se cumplió con la carga que le asiste al empleador de informar los motivos por los cuales prescinde de los servicios del trabajador.

De otro lado señala la parte actora, que se le vulneró el derecho al debido proceso, pues no se siguió un procedimiento disciplinario. Sobre el punto, se reitera que según la sentencia SL2351-2020, solo puede predicarse vulneración al debido proceso, cuando el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo no lo realiza en una justa motivación, o cuando se establece en reglamento, convención o pacto colectivo, que el despido es sanción disciplinaria y, por ende, que debe ser aplicado un procedimiento determinado.

Por tanto, y dado que el despido no está considerado como sanción disciplinaria, así como tampoco se probó la existencia de un procedimiento para ser materializado en algún Reglamento Interno de Trabajo, - a efectos de verificar si se vulneró el debido proceso, basta con determinar si el despido se realizó con base en una justa motivación, de modo que se procederá a evaluar tal circunstancia.

Sobre el tópico, observa la Sala que de conformidad con las declaraciones de Laura Alejandra Moreno Gálvez, Michael Ernesto Romero Puin, Iván Darío García Bonilla, Marta Isabel

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00003 -01

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

Puin Vargas y Liliana Fernanda Lugo Herrera - pruebas que se estudiaron de conformidad con el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., - , la Sala encuentra que el accionante incurrió en las conductas que se le endilgan, pues cada uno de tales declarantes resultan claros, fehacientes, y contestes en afirmar que el demandante comercializaba a motu proprio componentes de productos de la empresa demandada para su beneficio personal, pues a varios de éstos les consta el acercamiento que tenía con clientes, y conversaciones que tenía con diversos compañeros de trabajo sobre el tema; que para la fabricación de algunos componentes, como resina poliéster o acrílica, el demandante usaba las instalaciones de la empresa, dentro del área de producción; que lo que hacía el actor era guardar los elementos que se asignaban a los pacientes y que éstos no usaban, como espumas, socket, endosocket, entre otros, sin efectuar el correspondiente reintegro al almacén; y que el actor para realizar prótesis solicitaba el molde de cada uno de estos, conducta de la que también dio cuenta el testigo compareciente a juicio Miguel Ángel Bernal, quien por demás, según declaración de Liliana Fernanda Lugo Herrera, sólo tuvo dos autorizaciones de servicios en los últimos cinco años, no obstante, el mismo testigo señaló que le pedía servicios de forma directa al actor un promedio de tres veces al año, lo que hacía directamente con él.

De esta manera, es claro que el demandante incurrió en las faltas que le endilgaron, las que tienen la suficiente gravedad para considerar que su despido lo fue con justa causa de conformidad con el numeral 5° del artículo 62 del C.S.T. En consecuencia, se considera que no se desconoció el debido proceso por parte del empleador, pues el nexo contractual finiquitó con una justa motivación.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia se CONFIRMARÁ.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00003 -01
Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**
Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

VII.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

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

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

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del 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 05-031-2021-00003 -01

Demandante: **PAULO EMILIO MÉNDEZ PEÑA.**

Demandado: **CENTRO INTEGRAL DE REHABILITACIÓN DE COLOMBIA- C.I.R.E.C.**

AUTO

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



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada ponente

Bogotá, D.C., treinta 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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **ANA OLGA MILLÁN** promovió contra **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita la declaratoria de dos contratos de trabajo así: del 15 de abril de 2007 al 30 de septiembre de 2007, y del 04 de enero de 2012 al 15 de junio de 2015. Como consecuencia de lo anterior, pretende el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, horas extras, aportes a caja de compensación familiar y a pensión.

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

Como fundamento de sus pretensiones la demandante indicó que: **1)** Laboró al servicio del demandado del 15 de abril de 2007 al 31 de septiembre de 2007, y del 04 de enero de 2012 al 15 de junio de 2015, en el establecimiento de comercio Pescadería y Asadero El Cheff del Norte; **2)** Desempeñaba el cargo de Auxiliar de Cocina; **3)** Laboró en el primer periodo: viernes, sábado y domingo de 8:00 A.M. a 5:30 P.M.; y en el segundo periodo: lunes, martes, y jueves a domingo, de 8:00 A.M. a 5:30 P.M.; **4)** Nunca fue afiliada al sistema integral de seguridad social; **6)** Le adeudan las acreencias laborales que pretende; **7)** Se retiró como consecuencia de la falta de pago de seguridad social; **8)** Siempre estuvo subordinada; y **9)** Recurrió tanto a la Defensoría del Pueblo como al Ministerio de Trabajo, último lugar donde el demandado no quiso conciliar.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

EDUARDO MORENO CHAVARRO (fls. 27 a 35), se opuso a las pretensiones de la demanda, en virtud de lo cual propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, y buena fe.

Aceptó que fue citado al Ministerio del Trabajo, y que no concilió con el demandante. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la demandante nunca estuvo bajo la existencia de un contrato de trabajo, debido a que nunca ejerció ningún tipo de subordinación sobre ella.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 02 de noviembre de 2021, dictó **sentencia absolutoria.**

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

En síntesis, la A quo refirió que la demandante aceptó en interrogatorio de parte que fue contratada por Ana Elvia Moreno Chavarro entre el 15 de enero y 15 de julio de 2015; estimó que el testimonio de Luz Clemencia Amaya como era libre ni espontáneo, pues si bien se recuerda con exactitud la prestación del servicio de la actora en 2007, no es así con las fechas en que regresó en 2011 nuevamente a solicitar trabajo, por lo que su testimonio tenía como fin beneficiar los hechos presentados en la demanda; y que no cuenta con elementos probatorios que permitan establecer una relación laboral con el demandado entre el 04 de enero de 2012 y el 15 de junio de 2015.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

La **parte actora** manifestó que los extremos temporales se acreditaron con los medios probatorios obrantes en el proceso, por las declaraciones extraprocesales aportadas, así como el interrogatorio del demandado, pues las respuestas fueron evasivas; que del testimonio de Ana Elvia Moreno es dable establecer que la actora laboraba de jueves a martes del 15 de enero al 15 de julio de 2015; que los documentos adjuntos dan cuenta de una liquidación con tales extremos temporales, así como no se tuvo en cuenta la remuneración por recargo, dominical, y festivos; que frente al año 2007, el testimonio de Luz Clemencia Ayala, da cuenta de la prestación del servicio del 15 de abril al 30 de septiembre de 2007; que por lo anterior, está acreditado el elemento de la prestación del servicio, extremos temporales, y, por ende, que existe contrato de trabajo; que el rol de Ana Elvia Moreno era únicamente el de administradora; que el pago de las prestaciones sociales fue incompleto, por demás que al acreditarse que se trabajó domingos y festivos, se debió pagar el salario con los respectivos recargos; que al no existir pago completo de salarios y prestaciones sociales, se debe reconocer indemnización moratoria; que se debieron pagar los aportes a seguridad social en pensiones por el tiempo que laboró a favor del demandado; que se debe pagar el correspondiente subsidio

familiar; y que se debió condenar por la sanción por no consignación de las cesantías, pues esto fue objeto de controversia dentro del proceso, por lo que la juzgadora los pudo haber reconocido.

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 el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si se encuentra acreditado el contrato de trabajo entre la demandante y el señor EDUARDO MORENO CHAVARRO.

Del contrato de trabajo.

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; y a

renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.¹

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción (Sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017). En relación con la acreditación de los extremos temporales la misma corporación en sentencia del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada en la SL16110-2015, ha establecido que dicha carga le corresponde a la parte actora, por cuanto quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla.

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentran probados en el proceso los siguientes hechos: **i)** La propiedad del establecimiento de comercio denominado Pescadería y Asadero El Cheff del Norte, a nombre del señor EDUARDO MORENO CHAVARRO, el cual se encuentra registrado desde el 21 de noviembre de 1983 (fl.8); **ii)** La asistencia de la demandante y el demandado (representado por el Dr. Carlos Maya Morales) a la audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, el 28 de enero de 2016, la cual se declaró fracasada (fls.10 y 11); y **iii)** El pago a la demandante de una liquidación de prestaciones sociales y vacaciones por el periodo del 15 de enero al 15 de julio de 2015 (fl.51).

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <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”.

Adicional a la prueba documental de folios 8 a 17, 36 a 38, 51 y 52, comparecieron a rendir testimonio, **Ana Elvia Moreno Chavarro y Luz Clemencia Ayala**, quienes manifestaron:

Ana Elvia Moreno Chavarro dijo que el demandado es su hermano; que a la actora la conoció en el 2015, pues ella le trabajó cinco meses en la Pescadería Cheff del Norte; que lo anterior fue del 15 de enero al 15 de junio; que tomó el negocio porque su hermano se lo dejó una temporada; que la actora le prestó servicios entre 2007 y 2012 pero de forma muy esporádica; que le liquidó las prestaciones sociales de esos cinco meses que le trabajó; que la actora realizaba funciones de oficios varios; que asumió el restaurante como una forma de repartición de utilidades; que nunca hubo una venta del demandado del establecimiento de comercio; que no fue administradora del restaurante entre 15 de abril del 2007 hasta el 31 de septiembre del 2007 y del 04 de enero del 2012 hasta el 15 de junio del 2015; que entre el 15 de enero y el 15 de junio del 2015 la actora cumplía funciones de limpieza y alistamiento de verduras; que había dos horarios en el restaurante de 8:00 A.M. a 5:00 P.M. y de 10:00 A.M. a 6.30 P.M. o 7:00 P.M; que la actora le trabajaba de jueves a martes en el periodo de enero a junio del 2015; que iba cada ocho días, a veces el domingo o el sábado, que no era frecuente que fuera; que era quien le pagaba a los empleados del 15 de enero al 15 de junio del 2015; que no estaba fija en el restaurante; que cumplió sus funciones de cancelar al personal desde 2007 hasta el 2014; que cuando tenía funciones extras, liquidaba la nómina; que de 2007 a 2014, realizaba el pago de salarios diarios de la pescadería, si no lo hacía ella, lo hacía la persona que estaba a cargo, como el chef; que no sabe quién hacía el pago de salarios, afiliación al sistema de seguridad social, cesantías, caja de compensación familiar de los trabajadores, imagina que era el demandado, pues es él quien siempre ha pagado los aportes parafiscales; y que ella liquidó a la actora, pues fue quien la contrató.

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

Por su parte, **Luz Clemencia Ayala** señaló que conoce a la actora desde 2007; que ingresó el 08 de marzo a trabajar y cuando la actora llegó, llevaba como un mes trabajando; que la actora ingresó el 15 de abril del 2007, lo que le consta porque ella empezó para semana santa; que la actora ingresó como auxiliar de cocina, y como había dos plateros las dos lavaban la loza, la secaban, congelaban las verduras, pescados, y se los pasaban al chef, en la cocina compartían diversos oficios con la actora; que a la actora le pagaban \$25.000 diarios en esa época; que la actora iba tres días, viernes, sábado, domingo, y los lunes festivos; que cuando terminaba la semana, a la actora le pagaban los días trabajados, y a ella no, porque al ser fija le cancelaban quincenal; que la actora trabajó hasta el 31 de septiembre del 2007, y no volvió a trabajar; que estuvo hasta el 2011, trabajando; que el vínculo laboral se terminó porque la actora no volvió más, al otro día le comentaron sus compañeros que ella había tenido un percance con la mamá, que se había ido a cuidarla, y nos recomendaron otra persona mientras ella volvía; que la señora Elvia Moreno Chavarro era quien pagaba; que Elvia era la administradora, lo que le consta, porque fue quien la contrató; que el demandado vive en el mismo restaurante, bajaba almorzar y a hacer presencia en el restaurante apenas, a veces mandaba y pedía favores; que la actora llegaba a las 8:00 A.M. y salía a las 4:00 P.M., a veces hasta las 5.30 P.M; que a la actora le daban órdenes la señora Elvia Moreno Chavarro y el señor Eduardo Moreno Chavarro; que el demandado los festivos y domingos llegaba a colaborar en la caja y estaba pendiente de la cocina, de decir "*señora Olga vaya y saque los ajos, las salsas, lo que se necesitara*", esa era la orden que él daba, y la señora Elvia estaba pendiente del aseo y que todo estuviera en orden, que estuvieran ágiles y pendientes, que no faltara nada, las mandaba a lavar paredes, estufas, colaborar al chef; que Elvia Moreno Chavarro contrataba y el demandado firmaba; que la actora no recibió pago por cesantías, vacaciones, o primas, lo que le consta porque nunca la llamaron a pagarle, solo le pagaban los días trabajados; que el día de pago para prestaciones sociales era

el mismo día para todos, a todos los llamaban, uno por uno, y los hacían firmar un recibo, y eso no lo hacían con la actora; que Elvia no afilió a la actora al fondo de pensiones; que la actora sólo trabajaba los días viernes, sábado, domingo, y festivos; que quien hace las contrataciones es Elvia Moreno Chavarro; que no estuvo presente cuando la actora fue contratada; que se retiró el 31 de enero de 2011; y que volvió una vez después del 2011 a pedir trabajo, no se lo dieron porque estaban completas las señoras.

Sentadas las anteriores premisas, en este punto se hace necesario advertir que los testimonios aludidos, se estudiaron de conformidad con el principio estatuido en el artículo 61 del C.P.T. y de la S.S., esto la libre formación del convencimiento, haciéndose hincapié que el testimonio de Ana Elvia Moreno Chavarro se estudió con mayor rigurosidad por la calidad de hermana del demandado.

Igualmente, es menester advertir que a folios 12 a 15, obran declaraciones extraprocesales de Aleida Jiménez Vargas, Olga Patricia Rincón López, y Claudia Patricia Rodríguez Villada; no obstante, no es dable tener en cuenta las mismas, pues se solicitó su ratificación por parte del apoderado del demandado (fls. 34 y 35), y éstas no comparecieron a juicio; recuérdese que sólo es dable tener en cuenta documentos declarativos emanados de terceros siempre y cuando la parte contraria no solicite su ratificación (fls. 23 a 34 del archivo 12). Al respecto, se pueden consultar las sentencias del 06 de marzo de 2013, rad. 42536, así como las SL16322-2014, SL1188-2015, SL1227-2015, SL3103-2015, SL5665-2015, SL19563-2017, y SL2926-2020.

Así mismo, y en relación a las respuestas evasivas suministradas en el interrogatorio de parte de la pasiva, ciertamente el artículo 203 del C.G.P. establece que si el interrogado se niega a contestar o diere respuestas evasivas o impertinentes, es posible amonestarle para que responda o para

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

que lo haga con prevención sobre los efectos de su renuencia, efectos que se encuentran en el artículo 205 ejusdem, en los siguientes términos:

“La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada”.

En ese orden de ideas, ciertamente es dable tener en cuenta las respuestas evasivas como ciertas o como indicio grave en contra de la parte renuente a responder, no obstante, tal situación no supone que se den por probados todos los hechos de la demanda de forma automática, pues esa actuación debe ser ejecutada por el juzgador de primera instancia al momento de evacuar el interrogatorio de parte, y no puede ser alegada con posterioridad. Sobre el particular, en la sentencia SL94944-2017, se dijo:

“La Sala no encuentra la alegada equivocación del Tribunal, pues es verdad que resultaba ineludible que el juez de primera instancia especificara cuáles eran los hechos sobre los que pesaba la declaración de confesión judicial y los que no tenían esa virtualidad. Esa delimitación procesal no es de poca monta y adquiere mayor entidad en el escenario de casación, dado que si se trata de lo segundo, es decir lo que no es susceptible de confesión, generaría un indicio grave en contra del ausente en los términos del art. 210 del CPC., prueba que no es calificada (art. 7 L. 16/69, CSJ SL, 12 feb. 1992, rad. 4772, CSJ SL, 22 may. 1992, rad. 4000 y CSJ SL, 2 jun. 2009, rad. 34390)

Es justo ahí donde radica la importancia de identificar los hechos sobre los cuales pesa la confesión presunta, y aquellos que constituyen indicio grave, actividad que obviamente no se cumplió pues el juzgador, en la primera audiencia, se limitó a señalar que se «tendrá en cuenta lo señalado en el numeral 2.º

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

del artículo 39 de la Ley 712/2001, que modificó el art. 77 del CPL» [...]

En ese sentido se ha pronunciado esta Corporación en varias ocasiones, como lo hizo en sentencia CSJ SL, 23 ago. 2006, rad. 27060, reiterada, entre otras, en decisión CSJ SL, 27 jun. 2012, rad. 43398, que explicó:

... debe tenerse en cuenta que la que el recurrente aspira se tenga como prueba de confesión presunta no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia y por la ley para que se configure esa figura jurídica, de suerte que no sería dable atribuirle al Tribunal un desacierto por no haberla considerado.

En efecto, la sanción prevista por el numeral segundo del inciso 7° del artículo 39 de la Ley 712 de 2001, consistente en presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión de la demanda cuando el demandado no comparece a la audiencia de conciliación, se halla concebida en términos similares a las consagradas en los artículos 56 del Código Procesal del Trabajo y 210 del Código de Procedimiento Civil, de tal modo que le resultan aplicables los mismos requerimientos que a estas para que pueda conducir a una confesión presunta. En relación con esas consecuencias ha precisado esta Sala de la Corte que es necesario que el juez deje constancia puntual de los hechos que habrán de presumirse como ciertos, de tal manera que no es válida una alusión general e imprecisa a ellos, como la efectuada en este caso, en que el que el juez de la causa se limitó a consignar en la audiencia celebrada el 8 de marzo de 2004 (f. 67) que ‘... Se presumirán como ciertos todos aquellos hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la contestación de la demanda y en las excepciones de mérito propuestas en la misma [...]’.

Y en cuanto a que dicha precisión competía exclusivamente al a quo y su incumplimiento no puede ir en desmedro del demandante, enfatiza la Corte que no deben resultar extrañas las cargas procesales que están en cabeza de cada una de las partes en el transcurrir del proceso, por lealtad al mismo y a las propias partes.

Bajo esa lógica, era en la vista pública que correspondía al interesado ejercer las herramientas que tenía a su alcance con el fin de obtener el resultado probatorio pretendido, en vez de esperar hasta la apelación de la sentencia primigenia para advertir esa falencia, como efectivamente aquí sucedió. Pensar de forma distinta, ha dicho esta Corte en anteriores ocasiones, «implicaría sorprender a las partes con la decisión que se tome en dicha providencia, con lo cual, desde luego, se atentaría contra el debido proceso y el derecho de defensa de las mismas» (CSJ SL, 5 feb. 2014, rad. 41396).”.

Así las cosas, realizadas las anteriores precisiones y analizado el material probatorio, la Sala concluye que en el proceso está suficientemente acreditada la prestación de servicios de la actora a favor de EDUARDO MORENO

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

CHAVARRO, aunque únicamente por el periodo del 15 de abril al 30 de septiembre de 2007, pues de tales circunstancias da cuenta la testigo **Luz Clemencia Ayala**, quien señaló que también fue trabajadora del establecimiento de comercio del que es propietario el demandado; y quien declaró que la demandante era auxiliar de cocina, por lo que lavaba y secaba loza, congelaba las verduras y pescados, y ejecutaba diversos oficios; que a la actora le pagaban \$25.000 diarios en esa época; e iba tres días, viernes, sábado, domingo, y lunes festivos; que cuando terminaba la semana, a la actora le pagaban los días trabajados; que Elvia Moreno Chavarro era la administradora; que el demandado vive en el mismo restaurante, que a la señora Elvia Moreno Chavarro y el señor Eduardo Moreno Chavarro le daban las órdenes a la actora,; que el demandado los festivos y domingos colaboraba en la caja y estaba pendiente de la cocina, señalándole a la actora que sacara ajos, salsas, lo que se necesitara, mientras que la señora Elvia Moreno Chavarro estaba pendiente del aseo y que todo estuviera en orden.

Por tanto, dicho testimonio, - que la Sala encuentra coherente, hilvanado y útil para el proceso, al tratarse de un testigo que presenció de manera directa las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrollaron los hechos -, permite establecer que la demandante prestaba servicios al demandado en el establecimiento de comercio Pescadería y Asadero El Cheff del Norte, pues como quedó visto, en tal periodo la señora Elvia Moreno Chavarro fungió como administradora, y que el demandado también le impartía órdenes, labor que hacía especialmente los fines de semana, que era precisamente cuando la actora iba a laborar, esto es, de viernes a domingo.

Pese a lo anterior, no es dable tener por acreditado el periodo que la actora pretende del 04 de enero de 2012 al 15 de junio de 2015, pues en dicho periodo la señora Luz Clemencia Ayala ya había dejado de prestar sus servicios, ya que ésta señaló que se retiró del restaurante el 31 de enero de 2011; y la testigo

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

Elvia Moreno Chavarro señaló que fue quien contrató a la actora en el restaurante del 15 de enero al 15 de julio de 2015 bajo su responsabilidad, pues su hermano le dejó el restaurante en esa temporada, y que durante ese lapso pagó la correspondiente liquidación de prestaciones sociales, lo que encuentra sustento en la documental de folio 51.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** la sentencia, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y el señor **EDUARDO MORENO CHAVARRO** del 15 de abril al 30 de septiembre de 2007, tiempo en el que la demandante laboraba tres días en el mes.

Prescripción.

Atendiendo a la excepción de prescripción formulada por la pasiva, rememora la Sala que el contrato de trabajo con el demandado **finalizó el 30 de septiembre de 2007**, y que no se elevó ningún tipo de reclamación por parte de la trabajadora sino hasta cuando citó a su empleador al Ministerio de Trabajo, lo que ocurrió el **28 de enero de 2016**, por lo que, en los términos de los arts. 488 y 489 del C.S.T., y 151 del C.PT.S.S.S., al dejarse transcurrir más de tres años desde la terminación del vínculo laboral, acaeció el fenómeno prescriptivo de todas las acreencias laborales pretendidas, salvo los aportes a pensión.

No sobra recordar que conforme a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de enero de 2015, Rad. 44651, el término prescriptivo comienza a contabilizarse a partir de la fecha en que cada acreencia laboral se haya hecho exigible; no siendo así con las cesantías, pues según sentencias del 24 de agosto de 2010, Rad. 34393, y 10 de junio de 2015, Rad. 43894, la prescripción sólo empieza a contarse a partir de la ruptura del vínculo contractual, así como los aportes a pensión que se tratan de un derecho imprescriptible

Aportes a seguridad social en caja de compensación familiar y pensiones.

Frente a la **caja de compensación familiar**, es necesario recordar que es una prestación social consagrada en las Leyes 21 de 1982 y 789 de 2002 y los Decretos 341 de 1989, 748 de 1989 y 1769 de 2003, que consiste en una serie de beneficios tanto económicos como prestacionales durante la vigencia de la relación laboral. Por lo tanto, carece de sentido ordenar su pago una vez finalizado el contrato de trabajo, tal y como se señaló en sentencia SL1225-2019. Aunado a ello no se demostró haber informado y acreditado en su momento ante el empleador la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio en estudio, para que surja la obligación por parte de éste de sufragar dicho emolumento por la no afiliación a una Caja de Compensación Familiar (SL3009-2017).

Finalmente, y en lo que respecta a **pensiones**, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, son afiliados al sistema general de pensiones en forma obligatoria, *“todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley”*

Igualmente, el artículo 17 *ejusdem* dispone que *“durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen”*.

Así las cosas, hay lugar a los aportes a pensión por tiempo laborado, por el que además hay que resaltarse su naturaleza imprescriptible, pues *“mientras el derecho pensional está en formación, la prestación está sometida a condición suspensiva, lo que implica que durante dicho lapso no es exigible y por tanto no prescribe el derecho que le asiste al accionante para poder*

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

reclamar el cálculo actuarial o bono pensional que le permita completar el número de semanas o aportes requeridos” (SL5041-2021). En consecuencia, se ordenará al demandado reconocer y pagar a favor de la demandante, en la entidad donde se encuentra afiliada a pensión, o donde ella elija en caso no estar vinculada al sistema pensional, los aportes pensionales por el tiempo laborado por la accionante, tres días a la semana, entre el 15 de abril al 30 de septiembre de 2007; cálculo actuarial que deberá ser liquidado teniendo como salario base, el salario mínimo legal diario vigente para dicha anualidad; pues en tal sentido la prueba se torna insuficiente para declarar uno superior.

Finalmente, se advierte que la Sala se abstendrá de estudiar la **sanción por no consignación de cesantías** solicitada en la apelación, pues esta Corporación carece de facultades ultra y extra petita, recuérdese que estas únicamente se encuentran en cabeza del juez de única y de primera instancia, tal como lo ha dilucidado el Órgano de Cierre de esta jurisdicción en sus decisiones. (Ver SL4487-2021 y SL3850-2020 entre otras)

VII.COSTAS

Costas en ambas instancias a cargo del demandado.

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. En su lugar, se dispone:

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**

A. DECLARAR que entre ANA OLGA MILLÁN y EDUARDO MORENO CHAVARRO existió un contrato de trabajo entre el 15 de abril de 2007 y el 30 de septiembre de 2007, en el que la actora desempeñó su cargo de auxiliar de cocina tres días a la semana, y devengaba el salario mínimo legal diario.

B. CONDENAR a EDUARDO MORENO CHAVARRO a reconocer y pagar a favor de ANA OLGA MILLÁN, en la entidad donde se encuentra afiliada ésta última a pensión o donde ella elija en caso no estar vinculada al sistema pensional, los aportes pensionales por el tiempo laborado por la accionante, tres días a la semana, entre el el 15 de abril de 2007 y el 30 de septiembre de 2007; calculo actuarial que deberá ser liquidado teniendo como salario base, el salario mínimo legal diario vigente para cada anualidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

C. ABSOLVER a EDUARDO MORENO CHAVARRO de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO - Costas en ambas instancias a cargo de EDUARDO MORENO CHAVARRO.

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 05-028-2019-00056 -01

Demandante: **ANA OLGA MILLÁN.**

Demandado: **EDUARDO MORENO CHAVARRO.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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 Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de enero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante aspira a que se declare la “nulidad” del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 19 de octubre de 1998; y que se le ordene a ésta última recibir el valor que erróneamente le fue pagado a la actora por concepto de devolución de saldos. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

a COLPENSIONES, todos los valores que recibió, tales como, aportes con todos los intereses y rendimientos, sin aplicar descuentos por administración u otros valores, tanto por cotizaciones como por el valor del respectivo bono pensional.

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, así como el pago indebido que por concepto de devolución de saldos le efectuó PORVENIR S.A en enero de 2015.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 54 a 89 del archivo 1), se opuso a las pretensiones, tras manifestar 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, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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. 189 a 211 del archivo 1), también se opuso a las pretensiones, e indicó 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.

2.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y RESPUESTA.

PORVENIR S.A. instauró demanda de reconvencción contra la demandante (fls. 142 a 146 del archivo 1), pretendiendo el pago de los dineros que recibió por concepto de devolución de saldos debidamente indexados, o en subsidio que los dineros aludidos sean compensados con el eventual traslado que pueda ser ordenado.

Sustentó sus pretensiones en el pago que efectuó en marzo de 2019 a favor de la demandante por concepto de devolución de saldos, previa autorización efectuada por ésta el 02 de octubre de 2014.

GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA (archivo 12), se opuso a las pretensiones, manifestando que era cierto que se le pagó una devolución de saldos por el cansancio y frustración de que no se reconociera su derecho pensional, pese a tener más de 1300 semanas cotizadas. Propuso como excepciones de mérito las que denominó mala fe y compensación.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 28 de enero de 2022, en la que declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada el 19 de octubre de 1998, por parte de PORVENIR S.A., y que la actora actualmente se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. En consecuencia le ordenó a PORVENIR S.A. recibir la suma de \$81'179.771, que pagó a la demandante como devolución de saldos, realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar; y a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

la actora al régimen de prima media, e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. Se impuso costas a PORVENIR S.A., fijándose como agencias en derecho cuatro s.m.l.m.v.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A.

Señaló que el traslado es completamente válido, pues la actora firmó formulario de afiliación, único documento que se exigía para la fecha de su traslado; que la demandante ejerció su derecho a la libre elección de régimen pensional, siendo lo más importante evitar la coacción y por ende coartar la libertad aludida; que no es dable exigirle deberes que nacieron con posterioridad a la normatividad vigente para la época del traslado, pues se cumplió el deber de información con la asesoría, quedando en manos de la actora la posibilidad de trasladarse o no; que resulta imposible luego de 25 años, retrotraer todo a su estado original, cuando la actora pudo desplegar otro tipo de acciones para retornar a COLPENSIONES si este era su deseo; que sí hay una ratificación en la voluntad de la actora, al solicitar la devolución de saldos; que la actora sólo quiere beneficiarse de cada régimen pensional, pues se utilizó una herramienta propia del régimen, como la devolución de saldos; que los saldos deben devolverse debidamente indexados; y que no hay lugar a devolver gastos de administración, como quiera que se ha cumplido su mandato legal.

COLPENSIONES.

Adujo que cuando la actora decidió regresar a COLPENSIONES estaba inmersa en una prohibición legal para hacerlo; que existe una ratificación tácita de la actora de permanecer en el fondo privado, por lo que, se encuentra saneada cualquier situación; que para 1998 no se exigía nada diferente a

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

suscribir un formulario de afiliación; que no se acreditó un error de nulidad; que imponer cargas inexistentes para la época del traslado de la actora, genera inseguridad jurídica; que también era deber la actora incurrir debidamente informada a su acto de traslado.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero 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 demandadas, para reafirmar sus argumentos.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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>
--------------------------	--	--

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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

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

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

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

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

Tales compendios normativos, como se vio, han sido reiterados y ampliados a través de una gama extensa de Decretos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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

e) 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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.

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

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

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación definida, desde el 08 de agosto de 1975, según se desprende de la historia laboral obrante en la carpeta denominada “ANEXOS COLPENSIONES”; **ii)** El traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 19 de octubre de 1998 (fl.24 del archivo 1); **iii)** El inicio por parte de la demandante del trámite de pensión de vejez el 19 de diciembre de 2013 la que fue negada; **iv)** La solicitud de devolución de saldos efectuada el 19 de agosto y el 18 de noviembre de 2014, resuelta en forma positiva el fondo privado el 02 de diciembre de 2014, al señalar que se reconocía por tal concepto el valor de \$81'179.771 (fl.25 a 29 y 170 a 188 del archivo 1); y **v)** La solicitud de retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 20 de marzo de 2019 efectuada ante COLPENSIONES, requerimiento que fue negado por dicha entidad (fls. 23 del archivo 1).

Pues bien. A folio 24 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 19 de octubre de 1998 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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 asesor de PORVENIR S.A. le expresó los beneficios, tales como que iban a pensionarse en menos tiempo, que iban a seguir igual que con el I.S.S., y que éste estaba en crisis.; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta.

Con sustento en estos presupuestos, esta Colegiatura comparte la decisión proferida por el 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 SALAS HINESTROZA en el traslado que ésta realizó el 19 de octubre 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. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el 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, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral cuarto** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que PORVENIR S.A., además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y 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.

Por otra parte, y en lo referente a la **devolución de los dineros que por concepto de devolución de saldos** se ordenó efectuar a la demandante a la A.F.P., es necesario recordar que nuestro órgano de cierre ha establecido que si bien la jurisprudencia ha defendido que no hay lugar a la restitución de los dineros recibidos de buena fe como quedó visto, ello ha estado referido a prestaciones periódicas, como las mesadas, pero no para devolución de saldos; que la devolución de saldos, debe entenderse hecha a título provisional, hasta que se defina si se tiene o no derecho a la pensión; y que el no regresar dicho peculio vulnera el principio de solidaridad, por tener en cuenta dos veces los mismos aportes para obtener un doble beneficio del sistema de seguridad social. Lo dicho, conforme a la sentencia SL3464-2019, que reiteró el criterio plasmado en las providencias SL3186-2015 y SL6558-2017.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

En ese orden de ideas, resulta razonable la condena impuesta por el A Quo a la demandante reconvenida, en cuanto a que sea PORVENIR S.A. quien reciba el valor de \$81'179.771 por concepto de devolución de saldos, pues como quedó visto es dable ordenar tanto su compensación como su restitución.

En cuanto a la indexación de la devolución de saldos a cargo de la demandante, ciertamente dicho valor se ha visto sometido a depreciación monetaria por la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurso del tiempo, por lo que, la Sala considera que es imperativo que su devolución se haga debidamente indexada, más aún si se tiene en cuenta que a cargo del fondo privado está el deber de devolver todos los valores que percibió por concepto de la afiliación de la actora debidamente indexados, y una decisión contraria podría afectar el principio de sostenibilidad financiera.

Así mismo, se aclara que no se avizora que se pagara erróneamente el valor por concepto de devolución de saldos, pues si bien PORVENIR S.A., no accedió a la pensión de vejez que pretendía, ante tal situación, fue voluntad de la misma actora solicitar expresamente el reconocimiento de la devolución de saldos, lo que como quedó visto efectuó el 19 de agosto y el 18 de noviembre de 2014; y, en caso de haberse accedido a una pensión de vejez de garantía mínima por parte del fondo privado, hubiera resultado improcedente la ineficacia de traslado que se condena, siendo en tal caso, y conforme a las particularidades del caso plausible únicamente el pago de perjuicios (SL373-2021).

En suma, no obra en el plenario documental alguna que dé cuenta del ánimo de la demandada en reconvenición de que no le fuera pagada la devolución de saldos, el ánimo de devolverlo con anterioridad a esta demanda.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

Aunado a ello, en la misma demanda, se hace alusión a que la demandante siguió realizando cotizaciones, debido a que celebró diversos contratos de prestación de servicios con el I.C.B.F., situación que sería la que permitiría acumular el número de semanas para acceder a la pensión del régimen de prima media, pues aduce que a la fecha de la demanda cuenta con 1372 semanas, y las semanas que cotizó con posterioridad al reconocimiento de la devolución de saldos, esto es, desde febrero de 2015, son aproximadamente 94,38, por lo que, no podría considerarse que desde la fecha en que se efectuó la devolución de saldos tenía un derecho causado en la entidad que sería la llamada a reconocer su derecho pensional como consecuencia de la ineficacia del traslado declarado.

Por tanto, **se MODIFICARÁ el numeral tercero** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que la demandante Gloria Rocío Salas Hinestroza deberá pagar el valor que le fue reconocido por concepto de devolución de saldos debidamente indexado al momento efectivo de efectuar el pago, valor que PORVENIR S.A. también estará obligado a recibir.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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 en esta instancia por cuanto no hizo parte del acto de traslado, y su negativa de no acceder al traslado se fundamenta en una prohibición legal.

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 la demandante deberá pagar el valor que le fue reconocido por concepto de devolución de saldos **debidamente indexado**, valor que PORVENIR S.A. también estará obligado a recibir.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

SEGUNDO. –. **MODIFICAR el numeral cuarto** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PORVENIR S.A., además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

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

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-033-2019-00228 -01.

Demandante: **GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA.**

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

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: GLORIA ROCÍO SALAS HINESTROZA
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**033-2019-00228-01**

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

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

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

En este caso en particular, encuentro que acorde con lo resuelto en la sentencia CSJ SL3464-2019, es admisible para la alta corporación la declaratoria de ineficacia de traslado aún después de haberse tramitado y recibido la devolución de saldos en el RAIS, pese a que, en mi sentir, debería darse en ese evento el mismo tratamiento que tratándose de un pensionado, por encontrarse en una situación

jurídica consolidada, respecto al sistema pensional; empero, se acata el precedente, como de manera imperiosa lo ha requerido el órgano de cierre de esta especialidad.

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: **c614936de30a9eb7af290f27b008354d502c5b0e68f628e43c2dbd8464450d17**

Documento generado en 31/10/2022 11:05:59 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 estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **JAIME HERNÁN ARDILA** promovió contra **SARA CECILIA GARCÍA.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la parte actora solicita el reconocimiento de \$200'365.100 por concepto de honorarios profesionales, indexación, e intereses legales desde el 26 de diciembre de 2018 hasta cuando se verifique el pago.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó que: **1)** A comienzos de 2017, la demandada lo contactó para que lo representara en todos los trámites que correspondieran con el fin de sanear, dejar a su nombre y hacerle entrega material de

los inmuebles que le fueron adjudicados por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dentro del proceso de cesación de liquidación de sociedad conyugal, instaurado contra Luis Jesús Caicedo Torres; **2)** Los inmuebles aludidos fueron adjudicados mediante sentencia del 15 de enero de 1998 el apartamento 201 del Edificio Diana Patricia P.H., Oficina 401 y el Garaje 8 del Edificio Agrícola; y en sentencia del 18 de julio de 2003, inmueble con folio de matrícula 50C-399327, y el 25,625% de la oficina 102 del Edificio Agrícola; **3)** Los inmuebles se encontraban embargados; **4)** Por ser estos procesos tanto judiciales como administrativos, tuvo que desarchivar el proceso ante el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, acudir al Instituto de Desarrollo Urbano- Jurisdicción Coactiva; **5)** Una vez se obtuvo las copias del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá, se levantaron los gravámenes de valorización, se pagaron impuestos y multas; **6)** Para que la demandada tuviera el dinero para adelantar estos trámites, consiguió comprador de la Oficina 102 del Edificio Agrícola, consiguiendo los documentos necesarios para que se consumara esta negociación; **7)** No hubo problema en registrar el apartamento 201 del Edificio Diana Patricia P.H. en la Oficina de Registros Públicos, no obstante, devolvieron los documentos, dado que no fue viable el registro de un bien, pues ya no le pertenecía al señor Luis Jesús Caicedo Torres, las copias y autenticación de los trabajos de partición no eran legibles, y una dirección estaba errada; **8)** Por lo anterior, tuvo que interponer recursos, no obstante, luego de una nueva devolución, logró obtener el registro de los bienes en cabeza de la demandada; **9)** Luego de tenerse certeza del registro de los bienes, y la entrega material de las cuotas partes o de la totalidad de los mismos, Luis Jesús Caicedo Torres solicitó nulidad, la que fue negada de plano el 11 de mayo de 2018, decisión contra la que se interpuso los recursos de reposición y de apelación, empero, que no se repuso el 07 de julio de 2018, y fue confirmada el 26 de noviembre de 2018; **10)** Se pactó como honorarios el 30% del avalúo comercial del inmueble con folio de matrícula 50C-399327, para el momento en que terminara la gestión; **11)** El

valor del aludido inmueble es de \$1.0001'217.000, por lo que sus honorarios ascienden a \$300'365.100, y del cual se hizo un abono de \$100'000.000; y **12)** Posterior al trabajo efectuado, la demandada no ha vuelto a contestar sus llamadas y no ha sido posible que ésta efectúe el correspondiente pago.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

SARA CECILIA GARCÍA (fls. 85 a 90), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepción de mérito la que denominó pago del valor del servicio profesional prestado.

Aceptó los hechos relativos a la gestión adelantada por el demandante para lograr la adjudicación del apartamento 201 del Edificio Diana Patricia P.H., Oficina 401, el Garaje 8 del Edificio Agrícola, el inmueble con folio de matrícula 50C-399327, y el 25,625% de la oficina 102 del Edificio Agrícola. No aceptó los demás hechos.

Indicó que no obra documento del que se puede establecer cómo se estimaron los honorarios; que la gestión del abogado no podría considerarse razonablemente estimada en más de \$300'000.000, pues la gestión de éste se resume en obtener oficios de desembargo, inscribir la partición y obtener la entrega de cuatro inmuebles de los cinco adjudicados, adelantar trámites relacionadas con la compraventa de parte del local de la calle 14 N°12-36 de Bogotá, así como llevar a cabo algunas diligencias de orden administrativo.

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, la A quo refirió que no está debidamente acreditado el valor de los honorarios pactados entre las partes, pese a que demostró que desplegó una gestión para sanear procesos que en donde le fueron reconocidos derechos patrimoniales a la demandada por parte del Juzgado Décimo de Familia de Bogotá; que es deber del abogado establecer con claridad los términos del mandato; y que pese a ello, se efectuaron a su valor pagos parciales por su gestión, que ascendieron a \$139'000.101, que cubre con creces la labor que desarrolló.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero de 2022, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. 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.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si en el caso bajo estudio hay lugar al reconocimiento y pago de honorarios por la gestión adelantada por el demandante en el saneamiento de los inmuebles que le fueron adjudicados a la demandada por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dentro del proceso de cesación de liquidación de sociedad conyugal, instaurado contra Luis Jesús Caicedo Torres

HONORARIOS.

Los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C., tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil- en sentencia del 10 de abril de 2013, Exp. 11001 31 03 043 2006 00782 01, reiterando la del 17 de mayo de 1995, Exp. 4512:

“3.2 El establecimiento de las condiciones del negocio en general, al igual que la concreción de potestades y la generación de obligaciones, por excelencia, deriva del ejercicio del libre gobierno que tienen los ciudadanos para disciplinar sus intereses, designio que ha plasmado la Corte en estos términos: *“Como es suficientemente conocido, uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio éste que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* (Sent. Civ. de 17 de mayo de 1995, Exp. 4512).

Naturalmente, en desarrollo de tal prerrogativa o en ejercicio del rol asumido, su titular detenta plena disposición para desligarse del derecho y deber de permanecer atado al vínculo; deshaciendo las cosas en igual manera en que se hicieron, por supuesto y necesariamente, al abrigo de la normatividad vigente y de los dictados de la convención, la que se erige frente a las partes en una verdadera fuente del derecho (C.C. Art. 1602), por residir en ellas la soberanía y la garantía que le dispensa el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad (Art. 3º Constitución Política). En efecto, con tino se ha dicho que: *“la idea del contrato y su obligatoriedad encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto mismo que a ella le es debido. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autoreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “de la voluntad”.*

Ahora bien, la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, debe aplicarse en armonía del

artículo 1618 del C.C., de manera que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Sobre el tópico, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala Civil- estableció en sentencia del 28 de junio de 1989 reiterada en las sentencias del 07 de febrero de 2008 y 30 de agosto de 2011, Ref: 2001-06915-01 y 11001-3103-012-1999-01957-01, lo siguiente:

“Ex abundante jurisprudencia, ha señalado la Sala:

1. Interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio (cas. agosto 27/1971 y julio 5/1983) el alcance de su contenido (cas. diciembre 10/1999, exp. 5277) y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final (cas. febrero 18/2003. exp. 6806).

Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo ‘claro’ el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989).

Así las cosas, es claro que, en el proceso judicial es deber del juzgador establecer cuál fue la intención de las partes plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, lo que no se reduce ni se supedita, aun siendo claro al sentido literal de las palabras, por cuanto en todo caso, es necesario reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los

sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal.

DEL CASO EN CONCRETO.

Se encuentra probado dentro del proceso y/o no fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos: **i)** La gestión adelantada por el demandante para lograr el saneamiento de los bienes que le fueron adjudicados a la demandante por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dentro del proceso de cesación de liquidación de sociedad conyugal, instaurado contra Luis Jesús Caicedo Torres (fls. 16 a 73); y **ii)** El pago de diversos abonos por parte de la demandada a favor del demandante, por valor total de \$129'201.000 (fls.93 a 106).

Adicional a la prueba obrante a folios 16 a 73 y 93 a 107, al proceso comparecieron en calidad de testigos **Luis Eduardo Caicedo García y Jorge Alejandro Acosta Sánchez**, quienes manifestaron:

Luis Eduardo Caicedo García señaló que la demandada es su madre, y que estuvo con ella en todos los asuntos de los inmuebles, como la entrega de dinero, recibos, entre otras; que estuvo presente cuando su madre acudió a contratar los servicios del actor; que su madre acordó que el actor debía registrar documentos, llevar los tramites de solicitud y radicación, y efectuar registros; que su padre interpuso un recurso en el Tribunal, pero en esto no intervino el actor; que llegaron a la oficina del actor Jaime por Alejandro, un amigo de él que tiene una empresa que se llama CAMELECO; que Alejandro tuvo una situación con los cánones de arrendamiento con su padre frente a un bien del que tenían el 25.6%, el cual se lo terminaron vendiendo a éste; que los honorarios que se fijaron fueron más o menos del 25% de la venta de Normandía, pero ese acuerdo no se logró concretar, pues no se sabía inicialmente el precio del lote; que dicho acuerdo se llevó a cabo en la oficina del actor; que su

Demandante: **JAIME HERNÁN ARDILA.**

Demandado: **SARA CECILIA GARCÍA.**

madre le dio poder al actor, pero no se formalizó ningún contrato, el acuerdo se dio de manera verbal, pero no se concretó; que la labor del actor fue de tramitología, logró entregar saneados cinco inmuebles; que le daban dinero al actor a pesar de que se había hablado del 25%, porque éste decía que se necesitaba el dinero; que eran \$40'000.000 lo de la venta del local de CAMELECO, de los que se tuvo que dar \$39'500.000 al abogado, porque se necesitaba dinero para hacer el documento de las arras; que ese dinero no tenía relación con los honorarios; que se le reconocieron al actor la suma de \$10'000.000 dos veces, también \$35'000.000 por honorarios, así como un pago de \$10'000.000 al que no se le quiso dar un recibido; que le pidió un estado de cuenta al actor para saber sobre los gastos y honorarios, porque éste decía que faltaban recibos; que al actor se le entregaron \$139.200.000, no obstante, se señala el pago de \$129'000.000, ya que, de \$10'000.000 no se entregó recibo; que dicho valor fue el pago total por la gestión desplegada; que se cambió lo inicialmente pactado de 25%, dado que su madre estaba vendiendo un local, se le pagaron \$40'000.000 por parte de CAMELECO, no obstante, el actor les dijo que necesitaba el dinero, porque debía hacer el registro por \$25'000.000, además que salieron cosas adicionales, incluidos sus honorarios, lo que sumó \$39'500.000; que accedieron al pago de tales dineros pues tenían prisa, porque su padre iba a demoler un lote; que fue el actor quien cambió las condiciones que se hablaron inicialmente; que no le entregaron la relación de cuentas, por lo que, le tocó dirigirse a bancos, e ir a distintos sitios, porque no se tenía certeza de cuánto dinero se le había entregado; que el último pago al actor fue el 21 de abril de 2018, el actor le dijo a su mamá que se verían la próxima semana para el paz y salvo, pero no volvió a aparecer; que después se encontró con Mauricio, un colega del demandante, y le dijo que estaba suspendido; que luego, fue al apartamento del actor Jaime, en donde se quedó tres horas en su carro, y los celadores le dijeron que si no se iba, llamarían a la policía; que posteriormente, una persona lo ayudó con la dirección de la oficina del actor, por lo que pudo ir a allá

Demandante: **JAIME HERNÁN ARDILA.**

Demandado: **SARA CECILIA GARCÍA.**

y éste le entregó dos papeles; que en la negociación de compraventa del local Alejandro Acosta, intervino en la compraventa porque le interesó, ya que trabajaba en el centro, y quien le ofreció el local, fue él; que se firmó una promesa de compraventa y un contrato que, hacia relación a los cánones de arrendamiento, los que fueron elaboradas por el actor; y que quien gestionó la escritura pública de compraventa fue el actor, así como quien estuvo presente en la notaria pendiente de los trámites de suscripción de la escritura pública.

Por su parte, **Jorge Alejandro Acosta Sánchez** señaló que conoce a la demandada hace 25 años porque en el sector en el que está vinculado, comercialización de materiales eléctricos, tuvo contacto con el esposo de ésta e hijos; que conoce al actor porque se lo referenció otro abogado, Omar Fagua del sector para que lo ayudara en un proceso de cánones de arrendamiento; que fue quien le compró a la actora un porcentaje de un local, negocio que surgió como consecuencia del proceso de regulación de cánones, pues era precisamente el local del que era arrendatario; que vio como una posibilidad para que el esposo de la actora no lo sacara, tener participación dentro del local; que en ese negocio el actor se ofreció a hacer la minuta de compraventa y el negocio se hizo con la demandada y su hijo, pactó que el local estuviera fuera de cualquier vicio, por lo que, tocó pagar deudas de administración; que el actor se ofreció a resolver un problema con ese local, en lo referente de su registro; que en la reunión no acordó reconocer una suma adicional al actor; que quien le ofreció la parte del local fue el hijo de la demandada, con quien se puso de acuerdo sobre el precio en una llamada telefónica; que el actor elaboró un documento adicional, y unos documentos de cesiones de contrato; y que el pago de \$100'000.000 le parece carísimo para lograr el saneamiento del local.

Pues bien. En el análisis de la prueba recaudada, se advierte que entre las partes se celebró un contrato de mandato a fin de que el accionante desplegara las acciones necesarias para lograr

sanear los inmuebles que le fueron adjudicados a la demandada por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dentro del proceso de cesación de liquidación de sociedad conyugal, instaurado contra Luis Jesús Caicedo Torres; no obstante, de lo que no existe certeza era del valor que se pagaría por tal gestión, así como la forma de pago.

En efecto, al no estipularse el aludido contrato por escrito, sólo es dable extraer cuál fue la voluntad de los contratantes, de lo que informan los testigos, no obstante, dichos testigos no ofrecen certeza acerca del valor que debía pagarse como consecuencia de la gestión adelantada por el accionante ni su forma de pago; nótese como el testigo Luis Eduardo Caicedo García, -testigo que se evaluó con mayor rigurosidad por su condición de hijo de la demandada-, no señala de manera fehaciente tales presupuestos, pues señala que inicialmente se pactó un porcentaje de un 25% sobre el valor de la venta del inmueble de Normandía, empero, posteriormente dice que dicho acuerdo no se logró concretar pues se desconocía el precio de dicho bien, así como señala que fue por el mismo demandante que se empezó a pagar a través de abonos que éste mismo solicitaba, alcanzando un pago por concepto de honorarios de \$129'000.000 aproximadamente, lo que es conteste con la documental obrante a folios 93 a 106, de la que se extrae un pago efectuado por valor de \$129'201.000.

En igual sentido, el testigo Jorge Alejandro Acosta Sánchez no logra concretar cuál fue el valor que pactaron las partes para el pago de sus honorarios, por demás que únicamente da cuenta de la negociación que realizó para la compra del porcentaje de un local que estaba en cabeza de la demandada, y del que, según su dicho, no intervino el actor en su negociación, pues alude a que quien le ofreció tal porcentaje de ese local, fue el hijo de la demandada, esto es, Luis Eduardo Caicedo García.

En esas condiciones, no es dable determinar con claridad que el valor de los honorarios corresponda a lo que exige el demandante en su demanda; circunstancia con la que inclusive el apoderado desatendió lo dispuesto en el inciso 2° del numeral 8° del artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, esto es, *“acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago”*.

En consecuencia, el valor a pagar por la gestión que realizó el actor, conforme la jurisprudencia de Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, es pagar el valor que sería usual pagar, de modo que, la tasación de los honorarios estaría supeditada a aspectos como la naturaleza de la gestión, la cantidad, la calidad e intensidad de la misma (SL1570-2015).

Así las cosas, la Sala procedió a evaluar las tarifas reguladas en CONALBOS para el periodo 2017-2018, no obstante, y contrario a ello, lo que se encontró fue que en este se aclaró lo siguiente:

“gestiones profesionales como hacer trámites o solicitudes o derechos de petición sobre reconocimiento de pensiones o jubilaciones o compensaciones económicas ante entidades como Colpensiones no es viable aplicar estas tarifas de honorarios como si se tratara de procesos judiciales, pues solo constituyen trámites administrativos que no representan una actividad de tipo judicial.

Esta conducta habitual entre un sector de los abogados en ejercicio especializados en el tema de pensiones no tiene fundamento en nuestra tarifa de honorarios para su aplicación, y el abogado debe limitarse al cobro de sus honorarios de forma proporcional y racional a su gestión, en cuanto puede verse incurso ante procesos de abuso del derecho, en cuanto no es lo mismo tramitar solicitudes o derechos de petición de naturaleza administrativa a tramitar un proceso judicial ante despachos de la administración de justicia”.

Por tanto, y en consideración de lo expuesto, el cobro de los honorarios que debió realizar el accionante estaban sujetos únicamente a la proporcionalidad y racionalidad propia de su gestión, pues como quedó visto esta gestión consistió en que el actor hiciera lo necesario para representar a la demandada en

todos los trámites que correspondieran con el fin de sanear, dejar a su nombre y hacer entrega material de los inmuebles que le fueron adjudicados por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá dentro del proceso de cesación de liquidación de sociedad conyugal, instaurado contra Luis Jesús Caicedo Torres

En consecuencia, se considera que el valor pagado, a juicio de la Sala sufraga las gestiones adelantadas por el demandante, más aún si se tiene en cuenta que no tuvo que desplegar acciones judiciales para lograr que los bienes adjudicados por el Juzgado Décimo de Familia de Bogotá quedaran en cabeza de la accionante, y que su participación en la venta del porcentaje del 25,625% de la Oficina 102 del Edificio Agrícola, no fue la de conseguir comprador, ni ejecutar la negociación, labor que realizó según el dicho del testigo Jorge Alejandro Acosta Sánchez, el señor Luis Eduardo Caicedo García.

Por lo brevemente expuesto se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI.COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: - 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 05-028-2019-00317 -01

Demandante: **JAIME HERNÁN ARDILA.**

Demandado: **SARA CECILIA GARCÍA.**

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 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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 Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MERY TAMAYO TOCORA** 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”, ineficacia, o en subsidio, la inexistencia, del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A.; y que para todos los efectos ha permanecido en el régimen de prima media. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES, todos los valores que

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

recibió, tales como, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, y rendimientos; que COLPENSIONES reactive la afiliación de la actora, y actualizar o corregir su historia laboral; y que se paguen perjuicios morales.

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. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

COLPENSIONES (fls. 86 a 105), se opuso a las pretensiones, manifestando que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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. 141 a 160), 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, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 27 de octubre de 2021, declarando la ineficacia del traslado realizado por la actora a PORVENIR S.A. Igualmente, condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la actora como aportes, frutos,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; y que COLPENSIONES tenga como válidamente afiliada a la actora al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A. Impuso costas a PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PARTE ACTORA. Señaló que COLPENSIONES debe ser condenada en costas, pues resultó vencida en el proceso conforme al artículo 365 del C.G.P., lo que es una circunstancia objetiva.

COLPENSIONES. Adujo que cuando la actora solicitó su traslado, se encontraba inmersa en una prohibición legal, pues le faltaba menos de diez años para pensionarse; que no está acreditado vicio del consentimiento, pues no hay un error que pueda repercutir en la actora de afiliación, por demás que hubo una ratificación tácita, ya que la demandante durante todo el tiempo de su afiliación, cumplió sus obligaciones de realizar aportes a pensión; y que los fondos privados cuenta exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar que su traslado fue libre, de modo que, imponer cargas adicionales constituye un imposible para el fondo privado.

PORVENIR S.A. Señaló que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 establece la prohibición de atentar contra el traslado, lo que supone un dolo que no fue probado en el proceso; que la inversión de la carga de la prueba no tiene ningún soporte legal vigente; que no existía la obligación de contratar asesores que tuvieran una determinada profesión, pues éstos eran debidamente capacitados; que la demandante se encuentra

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

inmerso en la prohibición legal de traslado referente a no migrar cuando le faltan menos de diez años, lo que fue declarado exequible por parte de la Corte Constitucional con base en el principio de sostenibilidad financiera; que la motivación de la actora es el monto de su pensión, lo que no genera la ineficacia de su traslado; que el formulario de afiliación, no solo versa sobre una leyenda preimpresa, por el contrario, allí se plasma que conoce y sabe sobre el derecho de retracto, documento que no fue tachado de falso; que los gastos de administración son descuentos permitidos por la ley, no hacen parte para financiar la pensión, les cabe la prescripción, y son consecuencia de la excelente gestión del fondo; y que según la Superintendencia Financiera sólo es dable devolver aportes y rendimientos, pues de lo contrario se genera un enriquecimiento sin causa.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 28 de febrero 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 éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

INEFICACIA DEL TRASLADO.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

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

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

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.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

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) Respetto 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 regimenes 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.

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

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

CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** La demandante se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida, pues desde el 17 de febrero de 1986 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 37 a 39; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 20 de septiembre de 2000 (fl.34); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 26 de febrero de 2019, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, la que fueron negadas por dichas entidades (fls. 44 a 52 y archivo 2).

A folio 34 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 20 de septiembre de 2000 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de 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 asesor de PORVENIR S.A. le indicó que tendría las mismas condiciones que en el I.S.S., que sus aportes en caso de fallecimiento eran heredables, y que

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

tendría mayor atención y seguridad en el fondo privado; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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 arrojado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora TAMAYO TOCORA en el traslado que ésta realizó el 20 de septiembre de 2000, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso la jueza 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, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** la decisión de primera instancia para ordenar que PORVENIR S.A., además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

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).

Finalmente, frente a las **costas de primera instancia** si bien el artículo 365 del C.G.P. establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, lo cierto es que COLPENSIONES no hizo parte del acto de traslado, y 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; de manera que, se confirmará en tal sentido la sentencia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. No se imponen a COLPENSIONES en esta instancia por las mismas razones expuestas frente a las de primera 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,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PORVENIR S.A., además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de ineficacia de traslado de la demandante, aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **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



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00319 -01.

Demandante: **MERY TAMAYO TOCORA**

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

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de PORVENIR 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: MERY TAMAYO TOCORA
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**027-2019-00319-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **bfab7f17481d5fb6dde165848ca95b7cba3f27e45e7ac21737176aea66648722**

Documento generado en 31/10/2022 11:06:06 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 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ** promovió contra **LEAL DECCARETT 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 a término indefinido del 04 de diciembre de 2017 al 17 de julio de 2019; que su salario real entre el 04 de diciembre de 2017 al 31 de agosto de 2018, era la suma de \$1'200.000; y que su salario real entre el 01 de septiembre de 2018 al 17 de julio de 2019, era la suma de \$2'700.000. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, y aportes a pensión, teniendo en cuenta

su salario real; indexación; indemnización moratoria; e intereses moratorios.

Como fundamento de sus pretensiones la demandante argumentó que: **1)** Se vinculó al servicio de la demandada el 04 de diciembre de 2017 mediante contrato de trabajo a término indefinido para ejercer el cargo de Patronista; **2)** Desarrollaba sus labores en las instalaciones de la demandada, realizando funciones de sacar moldes de papel, cortar en muestra un toile, ajustar moldes, cortar moldes en tela, dirigir el proceso de confección paso a paso, estar pendiente de las operarias que realizan cortes de tela, y tomar medidas de clientas para desarrollar el diseño, y luego de aprobado dirigir el proceso de corte y confección; **3)** Prestó sus servicios de lunes a viernes de 7:30 A.M. a 6:00 P.M.; **4)** Devengó hasta el 31 de agosto de 2018, \$1'200.000; **5)** El 26 de julio de 2018 su empleador hizo que firmara un nuevo contrato, no obstante, se estipuló un salario ficticio de \$781.242, valor que se tuvo en cuenta para efectuar aportes a seguridad social, liquidar prestaciones sociales y horas extras; **6)** El 01 de septiembre de 2018 su salario era la suma de \$2'700.000, no obstante, se efectuaron sus pagos prestacionales, de seguridad social, y horas extras sobre \$1'620.000; **7)** Solicitó en diversas oportunidades el reajuste de su salario, no obstante, nunca se hizo, por lo que, decidió renunciar; y **8)** Cumplía horario de trabajo de 7:30 A.M. a 5:00 P.M.. quedándose en diversas oportunidades hasta las 6:00 P.M. o 7:00 P.M.

II. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA.

LEAL DECCARETT S.A.S. (fls. 88 a 94), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, y mala fe de la demandante.

Aceptó que desde que se suscribió contrato de trabajo, 01 de febrero de 2018, la demandante sí cumplió sus labores en las

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

instalaciones de la empresa, cumpliendo horario laboral de 7:30 A.M. a 5:30 P.M. de lunes a viernes. No aceptó los demás hechos.

En su defensa indicó, que entre el 04 de diciembre de 2017 y el 31 de enero de 2018, se pactó con la demandante un contrato de prestación de servicios, para que desempeñara el cargo de Operaria de Máquina Plana, teniendo como remuneración el salario mínimo; y que desde el inicio de la relación laboral se pactó el salario mínimo, y sobre esta base se liquidó sus prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 17 de febrero de 2022, dictó **sentencia condenatoria**, en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada.

SEGUNDO. - DECLARAR que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 04 de diciembre de 2017 y el 16 de julio de 2019.

TERCERO. - CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante las diferencias entre lo reconocido por concepto de prestaciones sociales, intereses a las cesantías y vacaciones y lo que realmente le corresponde conforme los siguientes valores y conceptos:

Por concepto de cesantías la suma de \$287.196

Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$188.593

Por concepto de prima de servicios la suma de \$683.199 y

Por concepto de vacaciones la suma de \$464.952

Los valores por concepto de intereses a las cesantías y vacaciones deberán cancelarse debidamente indexados desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta el momento de su pago definitivo.

CUARTO. - CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, a razón de \$54.000diarios, que correrá desde el 17 de julio de 2019 hasta el 16 de julio de 2021, indemnización que asciende a la suma de \$38'800.000. A partir del 17 de julio de 2021 se deberá reconocer intereses moratorios a la suma más alta certificada por la Superintendencia Financiera sobre lo adeudado por concepto de cesantías y prima de servicios.

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

QUINTO. - CONDENAR a la demandada a pagar los aportes adicionales al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por los siguientes periodos y valores:

Para el mes de diciembre de 2017 aportes sobre la suma de \$1.595.867.00

Para el mes de enero de 2018 aportes sobre la suma de \$1.085.397.00

Para el mes de febrero de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$100.000.00.

Para el mes de abril de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$140.000.00.

Para el mes de mayo de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$630.000.00.

Para el mes de junio de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$1'320.000.00.

Para el mes de julio de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$340.000.00.

Para el mes de septiembre de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$653.105.00. (\$203.105)

Para el mes de noviembre de 2018 aportes adicionales sobre la suma de \$545.170.00.

Para el mes de marzo de 2019 aportes adicionales sobre la suma de \$877.659.00.

Para el mes de abril de 2019 aportes adicionales sobre la suma de \$1'172.000.00. (\$632.000+540.000)

Para el mes de junio de 2019 aportes adicionales sobre la suma de \$1'286.472.00. y (\$725.942)

Para el mes de julio de 2019 aportes adicionales sobre la suma de \$865.993.00

SEXTO. - CONDENAR en costas a la demandada y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a tres (03) smlmv.

SÉPTIMO. - ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

En síntesis, el A quo refirió que de conformidad con el acervo probatorio, especialmente comprobantes de pago, del 04 de diciembre de 2017 al 30 de enero de 2018 está acreditado que la accionante prestó sus servicios a favor de la demandada, sin que se desvirtuara subordinación durante dicho periodo; que por lo anterior, es dable tener que en adición al contrato de trabajo del 01 de febrero de 2018 al 16 de julio de 2019, se debe adicional el periodo del 04 de diciembre de 2017 al 30 de enero de 2018; que el contrato terminó por renuncia de la demandante; que verificados los pagos realizados a la demandante, se observa que existen pagos adicionales a lo que se le pagaba por concepto de salario, con la denominación bonificaciones, sin que tengan cláusula de exclusión salarial; que por lo anterior, hay lugar a reliquidar prestaciones sociales y vacaciones, así como ordenar el pago de aportes a pensión, teniendo en cuenta el salario real;

que hay lugar a indemnización moratoria, pues no existe justificación para que el empleador se abstuviera del pago completo de prestaciones sociales, debiéndose reconocer a partir del mes 25, intereses moratorios; que frente a los rubros que no se reconoce indemnización moratoria, hay lugar a indexación; y que no hay prueba de que se hubiera laborado horas extras para efectuar su reliquidación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

LA PARTE ACTORA manifestó que la indemnización moratoria en realidad asciende a \$38'880.000; que está acreditado con la documental de contabilidad que el salario pactado fue de \$2'700.000; y que para marzo se tuvo un depósito de \$3'052.460, abril, \$4'400.000, septiembre, \$3'608.816, por lo que, deben ser verificados los salarios sobre los cuales se liquidaron las prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, teniendo en cuenta tal situación.

LA PARTE DEMANDADA adujo, que la presunción del contrato de trabajo del 04 de diciembre de 2017 al 30 de enero de 2018 fue desvirtuada, pues en interrogatorio de parte el representante legal indicó la forma como se dio la relación laboral, que no existía subordinación, ni un horario de trabajo, más aún si se tiene en cuenta los comprobantes de cobro; que en la cláusula cuarta se hace alusión a que las sumas que reciba la trabajadora ocasionalmente o de mera liberalidad no serán constitutivas de salario; que los valores que se pagaron no se encuentran de forma permanente en el tiempo de la relación laboral; y que no hay lugar a indemnización moratoria, puesto que se obró en rectitud, pagando en tiempo las prestaciones sociales, haciéndose el correspondiente depósito judicial, y cumpliéndose con las obligaciones a su cargo.

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, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que no fue utilizado por los apoderados de éstas.

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

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 04 de diciembre de 2017 y el 30 de enero de 2018 existió entre las partes una relación laboral; el valor del salario que percibió el demandante, y por ende si hay lugar a reajustar prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a pensión; y si es dable reconocer indemnización moratoria y de ser ello así cuál es el salario a tener en cuenta.

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 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

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”.

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.

Del Salario.

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

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., por lo que para definir los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

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

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

En sentencia SL4866-2020, se indicó que:

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

DEL CASO EN CONCRETO.

No existe controversia o está acreditado en juicio lo relativo a **i)** la prestación personal de servicios de la demandante a favor de la demandada entre 04 de diciembre de 2017 al 31 de enero de 2018 mediante contrato de prestación de servicios de confección (fl 88 y 95 a 98); y **ii)** que entre las mismas partes se celebró contrato de trabajo a término indefinido para que la

demandante desempeñara el cargo de Operaria Máquina Plana, el 01 de febrero de 2018, el cual terminó el 16 de julio de 2019 (fls. 22 a 26 y 58-59. Igualmente, obra a folios 95 a 98 comprobantes de egreso que dan cuenta que durante el periodo aludido la demandante prestó servicios de confección a favor de la empresa demandada Adicional a la documental de fls 22 a 59, 75, 95 a 104, y archivos 8 a 12, al proceso se incorporaron los interrogatorios de ambas partes, de los que no se extracta confesión alguna.

Pues bien, evaluada la prueba arrojada al expediente, lo primero por decir es que brilla por su ausencia prueba alguna que permita establecer que en el desarrollo de la actividad contratada, la demandante hubiese sido autónoma o independiente, es decir no se desvirtuó la presunción de subordinación que cobija a la aquí demandante en el servicio que ejecutó para el demandado, motivo por el que, tal como lo advirtió el juez de primera instancia y en virtud de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, necesaria resulta la declaración de un contrato de trabajo entre las partes, y dado que no existe discusión frente a los extremos temporales declarados por el A Quo, así se confirmará, resaltando para resolver los motivos de la apelación de la pasiva, que el interrogatorio de parte del representante legal de la demandada resulta ser una prueba impertinente para determinar que se logró desvirtuar el elemento de la subordinación, pues recuérdese que el fin principal de dicha declaración es precisamente lograr la confesión. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020.

En cuanto al **salario**, encuentra la Sala que el Contador Público de la sociedad demandada, certificó que, a favor de la demandante, se pagaron los siguientes valores:

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

INFORMACIÓN SALARIAL 2018							
SALARIO		PRIMA		AUXILIO TRANSPORTE		BONIFICACION	
FECHA	VALOR	FECHA	VALOR	FECHA	VALOR	FECHA	VALOR
15-feb-18	390.621	30-jun-18	359.857	15-feb-18	44.106	22-feb-18	100.000
28-feb-18	390.621	30-dic-18	810.000	28-feb-18	44.106		
15-mar-18	390.621			15-mar-18	44.106		
30-mar-18	390.621			30-mar-18	44.106		
15-abr-18	390.621			15-abr-18	44.106		
30-abr-18	390.621			30-abr-18	44.106		
15-may-18	390.621			15-may-18	44.106		
30-may-18	390.621			30-may-18	44.106		
15-jun-18	390.621			15-jun-18	44.106		
30-jun-18	390.621			30-jun-18	44.106		
15-jul-18	390.621			15-jul-18	44.106		
30-jul-18	390.621			30-jul-18	44.106		
15-ago-18	390.621			15-ago-18	44.106		
30-ago-18	390.621			30-ago-18	44.106		
15-sep-18	390.621			15-sep-18	44.106	15-sep-18	213.105
30-sep-18	390.621			30-sep-18	44.106		
15-oct-18	810.000						
30-oct-18	810.000						
15-nov-18	810.000						
30-nov-18	648.000						
15-dic-18	810.000						
30-dic-18	810.000						
TOTAL	10.947.936	TOTAL	1.169.857	TOTAL	705.696	TOTAL	313.105

INFORMACIÓN SALARIAL 2019							
SALARIO		PRIMA		AUXILIO TRANSPORTE		BONOS	
FECHA	VALOR	FECHA	VALOR	FECHA	VALOR	FECHA	VALOR
15-ene-19	810.000	30-jun-19	858.516	15-ene-19	48.516		
30-ene-19	783.000			30-ene-19	46.899		
15-feb-19	810.000			15-feb-19	48.516		
28-feb-19	810.000			28-feb-19	48.516		
15-mar-19	702.000			15-mar-19	42.047		
30-mar-19	810.000			30-mar-19	48.516	30-mar-19	877.659
15-abr-19	810.000			15-abr-19	48.516	15-abr-19	632.000
30-abr-19	810.000			30-abr-19	48.516	30-abr-19	540.000
15-may-19	810.000			15-may-19	48.516		
30-may-19	810.000			30-may-19	48.516		
15-jun-19	810.000			15-jun-19	48.516		
30-jun-19	810.000			30-jun-19	48.516	30-jun-19	725.942
15-jul-19	810.000			15-jul-19	48.516	15-jul-19	865.993
TOTAL	10.395.000	TOTAL	858.516	TOTAL	622.622	TOTAL	3.641.594

CUENTAS DE COBRO 2018		
FECHA	CONCEPTO	VALOR
23-may-18	Bordado Novia Ma. Fernanda Ruiz	150.000
20-abr-18	Taxi	15.000
5-jun-18	Bordado Novia Laine Crawford-Camila Echeverry	340.000
10-jul-18	Bordado Vestido Novia	200.000
6-sep-18	Vestidos Encantan	440.000
5-jun-18	Servicios de Confección	430.000
17-dic-18	Bordado cuello	80.000
20-ene-18	Servilletas	65.000
22-ene-18	Servicios de Confección	802.467
22-ene-18	Servicios de Confección	651.238
30-ene-18	Servicios de Confección	434.159
11-may-18	Servicios de Confección	140.000
30-abr-18	Bordado de 4 cuellos	140.000
2-jul-18	Bordado cuellos 2	140.000
11-may-18	Bordados Vestido Novia	140.000
11-may-18	Bordados Vestido Novia	200.000
20-jun-18	Bordado vestido rojo	250.000
20-jun-18	Bordado vestido rosado	300.000
3-dic-18	Bordado vestido	465.170
TOTAL AÑO 2018		5.383.034

CUENTAS DE COBRO 2019		
FECHA	CONCEPTO	VALOR
12-jun-19	servicio de confección	560.530
10-ago-19	servicio de confección	595.417
TOTAL AÑO 2019		1.155.947

De conformidad con lo anterior, resulta claro que aunado al salario básico, la demandante, recibió bonificaciones y/o bonos, así como le fueron pagados diversos servicios que prestó referentes a confección, bordado y vestidos.

Ahora, si bien es cierto se observa que en el contrato de trabajo en la cláusula cuarta se determinó que no eran constitutivas de salario las sumas que recibía el trabajador ocasionalmente, por mera liberalidad, o las que se reciben no para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; y que no es salario los beneficios auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente y otorgados en forma extralegal (fls. 22 a 26); también lo es que, pese al aludido pacto de exclusión salarial plasmado en el contrato de trabajo, se evidencia que la actora llevaba a cabo servicios de confección, bordado y vestido, por los que le era pagada una suma adicional a su salario que no se computó como salarial, valores que a juicio de la Sala deben reputarse como salario, pues además de que dichas actividades se ejecutaban habitualmente se pagaban como contraprestación del servicio de la demandante, pues esta desempeñaba el cargo de Operaria Máquina Plana, y la actividad principal de la empresa demandada es la “confección de prendas de vestir” (fls. 71 a 74).

Por otra parte, y en cuanto a las bonificaciones, la Sala también avizora que se pagaban con regularidad, especialmente, en el año 2019, donde la actora las percibió en marzo, abril, junio y julio, sin que obre prueba alguna del empleador atinente a demostrar que la finalidad directa de dicho pago, no era la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

sino que tenían una destinación diferente; por tanto, también se tendrán como salario.

Igualmente, es menester señalar que frente a la impugnación de la parte actora en lo referente en que en el mes de marzo se debió tener la suma de \$3'052.460, en abril, \$4'400.000, y septiembre, \$3'608.816, pues dice, dicho valor fue depositado a favor de la accionante en su cuenta de ahorros en tales periodos del año 2019, lo que valga decir guarda asidero en la documental de folios 28 a 33, con la claridad que el último periodo en realidad corresponde a julio de 2019, lo cierto es que si bien se avizora que dichos dineros ingresaron en la cuenta de la actora, y que incluso fueron pagados por la empresa demandada, pues así lo certificó el Banco Itaú según documental obrante en el archivo 8, se desconoce por qué concepto fueron pagados, y si es dable tenerlos como salario.

En consecuencia, la Sala tendrá para efectos salariales, únicamente los valores que se acreditó fueron realmente pagados a la trabajadora por parte de la sociedad demandada, y que, por ende, ingresaron efectivamente al patrimonio de esta, lo que se reitera, se avizora en la certificación remitida por la Contadora de la empresa demandada.

Así las cosas, se tiene que los salarios de la demandante fueron los siguientes:

Mes	Salario Base	Diferencia	Mes	Salario Base	Diferencia
Diciembre de 2017	\$1'595.867	\$1'595.867	Octubre de 2018	\$1'620.000	-
Enero de 2018	\$1'085.397	\$1'085.397	Noviembre de 2018	\$1'620.000	-
Febrero de 2018	\$881.242	\$100.000	Diciembre de 2018	\$2'165.170	\$545.170
Marzo de 2018	\$781.242	-	Enero de 2019	\$1'620.000	-
Abril de 2018	\$921.242	\$140.000	Febrero de 2019	\$1'620.000	-
Mayo de 2018	\$1'411.242	\$630.000	Marzo de 2019	\$2'497.659	\$877.659
Junio de 2018	\$2'101.242	\$1'320.000	Abril de 2019	\$2'792.000	\$1'172.000
Julio de 2018	\$1'101.242	\$340.000	Mayo de 2019	\$1'620.000	-
Agosto de 2018	\$781.242	-	Junio de 2019	\$2'906.472	\$1'286.472
Septiembre de 2018	\$1'434.347	\$635.105	Julio de 2019	\$2'485.993	\$865.993

De esta manera, es claro que los salarios a los que arriba la Sala son los mismos que los que tuvo el A Quo, con la excepción de noviembre- diciembre de 2018, que se considera que por un

error involuntario se estableció la diferencia de \$545.170 en noviembre de 2018, cuando realmente correspondía a diciembre de 2018, sin que dicha circunstancia fuera objeto de recurso de apelación. Por tanto, y dado que los salarios que se tendrían en cuenta para liquidar son los mismos que estableció el A Quo, sin que se presentara impugnación alguna sobre la forma de liquidación, habrá lugar a confirmar la condena impuesta por tales conceptos.

Finalmente, se precisa que no obra documento alguno que dé cuenta que entre las partes se pactó un salario de \$2'700.000, pues si bien en los documentos denominados liquidación final del contrato de trabajo de folios 49 y 51 del archivo 10, se menciona dicho valor, lo cierto es que al no estar suscrito ninguno de estos documentos por el empleador, ni provenir del mismo² no es factible determinar que se tratase del documento final de la liquidación definitiva de prestaciones sociales de la accionante; lo que cobra mayor fuerza, si se tiene en cuenta que los valores certificados por el contador y que fueron objeto de estudio previamente dan cuenta de otros valores que fueron percibidos por la accionante, así como que la liquidación final de prestaciones sociales que se tuvo en cuenta para pagar las acreencias laborales de la accionante, se encuentra visible a folio 50 del mismo archivo, documento que está debidamente firmado por el empleador, y que da cuenta de un salario de \$1'620.000 (fl.102), el que como quedó visto ciertamente fue el salario base de la trabajadora en diversos meses entre octubre de 2018 y julio de 2019.

Indemnización moratoria.

En reiterada jurisprudencia, al referirse a la interpretación o alcance que debe darse a las sanciones consagradas en el inciso 1° del artículo 65 del C.S.T., la Sala Laboral de la H. Corte

² En tanto que el mismo fue un documento aportado por el Revisor Fiscal de la sociedad en virtud a la prueba decretada encaminada a que éste rindiera informe, lo que incluyó como anexo..

Suprema de Justicia, ha sentado que para establecer la procedencia de las **sanciones moratorias** es necesario estudiar, en cada caso particular y concreto, si la conducta del empleador frente al no pago de los salarios y prestaciones sociales debidos al trabajador para el momento de la terminación del contrato o la falta de consignación de la cesantía estuvo o no asistida de buena fe.

Por ello, ha sentado reiteradamente, que su aplicación no es automática ni inexorable, toda vez que en cada caso en particular, debe demostrarse que el empleador ha omitido la consignación de la cesantía, el pago, total o parcial, a la terminación del contrato de trabajo, de los salarios y prestaciones debidos al trabajador; pues, se ha insistido que es necesario, en cada caso, el juez entre a analizar si la conducta remisa del empleador estuvo o no justificada en razones que, aunque jurídicamente no sean viables, si resultan atendibles y justificables, en la medida que razonablemente lo hubieran llevado al convencimiento de que nada adeudaba por estos conceptos, toda vez que, en este último caso, en que se ha obrado con manifiesta buena fe, no procede la sanción allí prevista. (CSJ SL12854-2016 y SL1005-2021).

En ese orden de ideas, y analizadas las condiciones particulares del caso concreto y la conducta del empleador, se considera que al establecerse que existieron valores que eran salario, y que se pagaban como contraprestación de los servicios de la demandante, el empleador tuvo el ánimo de abstenerse de dar la connotación de salarial a dichos pagos, y en consecuencia de reconocer las prestaciones sociales en su integridad; actuar del que no es dable desprender buena fe, por lo que, se considera correcta la condena por este concepto.

En cuanto al valor de la sanción moratoria, al tenerse como último salario la suma de \$2'785.993, la indemnización debió calcularse teniendo en cuenta como salario diario la suma de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

\$82.866,43; no obstante, al no ser objeto de apelación tal circunstancia, no se impondrá condena adicional. Pese a lo anterior, y dado que el A Quo tuvo como salario diario la suma de \$54.000, le asiste razón al apoderado de la parte actora en que el valor de la sanción moratoria hasta el mes 25, efectuados los cálculos con dicho salario diario es la suma de \$38'880.000, por lo que, se **MODIFICARÁ en tal sentido el numeral cuarto de la sentencia.**

VII.COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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 cuarto de la sentencia, en el sentido de establecer que la **indemnización moratoria** hasta el mes 25, esto es, del 17 de julio de 2019 al 16 de julio de 2021, corresponde a **\$38'880.000** de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-032-2019-00604-01

Demandante: **NANCY PÉREZ GONZÁLEZ.**

Demandado: **LEAL DECCARETT S.A.S.**

Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.
Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el 08 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES** promoviese contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Administradora de Pensiones y Cesantías Colmena hoy PROTECCIÓN S.A.. Como consecuencia de lo anterior, solicita que PORVENIR S.A., -su actual

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

administradora de pensiones-, traslade todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación a COLPENSIONES, tales como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, rendimientos; y que COLPENSIONES la reciba, y restablezca su afiliación sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la activa argumentó, en síntesis, la presunta falta de información suministrada por parte de los fondos privados al momento de efectuar sus correspondientes traslados.

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

COLPENSIONES (fls. 115 a 150 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, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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. 153 a 174 del archivo 1), 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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Finalmente, **PROTECCIÓN S.A.** (fls. 175 a 195 del archivo 1), 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 inexistencia de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 08 de febrero de 2022, declarando la ineficacia del traslado de COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A. y los posteriores traslados efectuados entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad; y condenando a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenando a COLPENSIONES a afiliarse nuevamente a la actora al régimen de prima media con prestación definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A. Condenó a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

PORVENIR S.A., adujo que no existen razones para declarar la ineficacia del traslado con Colmena, pues este se realizó de manera espontánea, sin presiones, y cumpliendo los requisitos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

de ley para el momento en que se realizó; que cuando la actora se trasladó a Horizonte hoy PORVENIR S.A. se le brindó toda la información establecida verbalmente, suscribiéndose el correspondiente formulario que contaba con la aprobación de la Superintendencia Financiera, y los requisitos estaban establecidos en el artículo 11 de la Ley 692 de 1994; que el deber del buen consejo, doble asesoría, y de incluso, desanimar al afiliado a realizar su afiliación surgió con posterioridad al traslado de la accionante; que siempre se actuó de buena fe, por demás que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y ahora pedir un presunto engaño por parte del fondo; que no hay lugar a devolver bonos pensionales, comisiones, gastos de administración y los destinados a pensión de garantía mínima, pues son dineros que no se encuentran en la cuenta de ahorro individual, no están en poder del fondo, eran conceptos que tienen una destinación por ley, de modo que, en caso de su devolución se generaría un enriquecimiento sin causa; y que no se debe imponer costas, puesto que estaba incurso en una prohibición legal para aceptar el traslado de la accionante.

COLPENSIONES adujo, que existió un silencio por parte del demandante, con lo que se incumplieron sus deberes como consumidor financiero, pues existe un silencio que permaneció en el tiempo por parte de esta; que quien genera el daño es quien debe asumirlo, por lo que, son los fondos privados los que deben repararlo; que no es posible exigir un nivel de asesoría como el que se refirió en la sentencia con base en criterio de la Corte Suprema de Justicia, así como tampoco era posible allegar una documentación adicional al formulario de afiliación; y que era un agente externo al traslado de la actora.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S., 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; y si era dable condenar en costas a PORVENIR S.A.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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 nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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.

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

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos, la migración de un régimen a otro

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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 01 de septiembre de 1980 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 17 y 18 del archivo 1; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Cesantías y Pensiones Colmena hoy PROTECCIÓN S.A., el 26 de marzo de 1996 (fl.210 del archivo 1); **iii)** Se trasladó a PORVENIR S.A. el 01 de agosto de 2004 (fl.8 del archivo 2); y **v)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 31 de octubre de 2019, ante COLPENSIONES, la que fue negada por dicha entidad (fls. 101 a 106 del archivo 1).

A folio 210 del archivo 1 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 26 de marzo de 1996 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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 la persona de recursos humanos de la empresa donde ingresó a trabajar, -Banco Caja Social- en marzo-abril de 1996, le indicó que el I.S.S. se acabaría, que el fondo privado era una empresa del grupo de la fundación social a la que pertenecía su empleador, que podría tener una pensión anticipada, que sus aportes constituían un ahorro para el futuro, y que sus aportes generaban rendimientos; luego, de tales manifestaciones no pueden derivarse consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

presente caso, de modo que, a la Sala no le queda la menor duda que las demandadas, al no haber arrimado al proceso prueba idónea y completa de la información que se le debió brindar a la señora CASTRO CÁCERES en el traslado que ésta realizó el 26 de marzo 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. 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, PORVENIR S.A., deberá devolver a la administradora del RPMPD todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, en el caso de que se hubieren retenido, y COLPENSIONES se obligará a recibirlos, tal como lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL1421-2019, rad. 56174, razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral segundo** de la sentencia a fin de **ADICIONAR** 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 las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, gastos de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, también se encuentran los **aportes realizados 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

que se encontraban con antelación, tal como lo dijo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019; SL 638 de 2020 Rad. 70050 y SL2877-2020, Rad. 78667.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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).

En lo relativo a la inconformidad de la A.F.P S.A., por la condena en costas que le fue impuesta en la primera instancia, debe decirse que la Sala la estima pertinente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 365 del C.G.P., pues fue vencida en juicio, máxime si se tiene en cuenta que la afiliación de la actora a tal fondo data del 01 de agosto de 2004, y de haber tenido una asesoría suficientemente informada por parte de este fondo, la demandante hubiese podido impulsar su retorno al régimen de prima media con anterioridad a quedar inmersa en la prohibición legal de trasladarse cuando faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional; recuérdese que la actora nació el 13 de agosto de 1961 (fl.16 del archivo 1), y en consecuencia quedó cobijada por la aludida prohibición desde el mismo día y mes de 2008, calenda en la que cumplió 47 años.

VII. COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA.

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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.
Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y 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. – **MODIFICAR el numeral segundo** 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 las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, gastos de administración, comisiones, y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, también se encuentran los **aportes realizados con destino a seguros previsionales**; rubros que deberán pagarse debidamente **indexados**. Igualmente, en el sentido de ADICIONAR que PROTECCIÓN S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones**; 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.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-027-2019-00739 -01.

Demandante: **JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES.**

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

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 \$250.000 a cargo de PORVENIR S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: JUDITH ASTRID CASTRO CÁCERES
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**027-2019-00739-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **697b916175f7aa78ab3bbc18a0a344d4a9f65bab581d064bc931a22863be3131**

Documento generado en 31/10/2022 11:06:02 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 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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 PORVENIR S.A., así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 30 de noviembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la anulación por 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 PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES, todos los valores que recibió por concepto de la afiliación, tales como, aportes, bonos pensionales, rendimientos, gastos de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

administración, como cualquier otro que se hubiere pagado; que COLPENSIONES reciba a la demandante junto con los valores previamente aludidos; y que en caso que se hubiere reconocido pensión, PORVENIR S.A. deberá pagar la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES.

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

II. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

COLPENSIONES (fls. 224 a 230), 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, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 255 a 271), 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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La A Quo dictó sentencia condenatoria el 30 de noviembre 2021, declarando la ineficacia del traslado realizado por la actora al R.A.I.S. en 2003. Igualmente, condenó a PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de aportes recibidos, junto con los rendimientos, sin que sea dable descontar alguna suma por concepto de administración; que COLPENSIONES acepte dicho

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

traslado y contabilice para efectos pensionales los valores pagados por ésta. Impuso costas a PORVENIR S.A.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

La apoderada de PORVENIR S.A. señaló que para la época se firmó el respectivo formulario de afiliación siendo el único documento que se requería para el traslado de régimen pensional, por lo que, es válido y eficaz; que el deber de información se cumplía únicamente con la asesoría que se prestaba, y que no existiera ningún tipo de fuerza o coacción; que del acervo probatorio es dable establecer que la accionante se afilió de forma libre y voluntaria, y que ha asumido los deberes y obligaciones del fondo pensional; que es un imposible jurídico allegar una prueba distinta al formulario de afiliación, pues han transcurrido 18 años desde la vinculación; que no existen negaciones indefinidas en la demanda, por lo que, se debió acreditar por parte del demandante los hechos de esta; y que no es dable devolver gastos de administración, como quiera que de retrotraerse todo habría que devolverse todo en cumplimiento de un deber legal, como lo son los rendimientos, por demás que se hizo una debida gestión de los recursos.

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, 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 demandadas, 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

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

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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 24 de septiembre de 1980 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 41 a 44; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., el 14 de abril de 2003 (fl.48); y **iii)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 23 y 24 de mayo de 2019, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, la que fueron negadas por dichas entidades (fls. 60 a 62).

A folio 48 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de abril de 2003 con PORVENIR S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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 asesor de PORVENIR S.A. le indicó que estaría mejor en el fondo privado, y que la asesoría que recibió se enfocó en establecer que el fondo privado tendría un mejor manejo de su situación pensional; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

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 MEDINA SALAZAR en el traslado que ésta realizó el 14 de abril de 2003, la consecuencia no puede ser otra diferente a la de declarar ineficaz tal acto y, por tanto, tener como vinculación válida la que tenía en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con el Instituto de Seguros Sociales –hoy Colpensiones. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso la jueza 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

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. 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. – **MODIFICAR el numeral segundo** de la sentencia, en el sentido de **ADICIONAR** que PORVENIR S.A., además de devolver a COLPENSIONES con motivo de la declaración de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00786 -01.

Demandante: **LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR.**

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

ineficacia de traslado de la demandante, aportes, rendimientos, y sumas por concepto de administración, deberá devolver los valores que le fueron pagados por concepto de **bonos pensionales, comisiones, seguros previsionales, y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima.**

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

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 \$450.000 a cargo de PORVENIR S.A.N.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: LUZ MYRIAM MEDINA SALAZAR
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2019-00786-01**

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

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

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

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **0e3a06497243e276d4e4baa3e8207f9a8f6d29f9c80105ff450cb6df02cee06a**

Documento generado en 31/10/2022 11:06:11 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 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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 COLPENSIONES, así como estudiar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En lo que aquí concierne con la demanda, la demandante pretende se declare la ineficacia o en subsidio, la nulidad, 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 COLPENSIONES reintegre y reciba a la demandante en el régimen de prima media; que PORVENIR S.A. traslade a COLPENSIONES, todos los valores

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

que recibió, tales como, aportes, rendimientos, bonos pensionales, recursos, saldos y demás sumas de dinero que correspondan a la cuenta individual de la actora; y que COLPENSIONES acepte los anteriores valores.

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. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

1. RESPUESTA A LA DEMANDA.

COLPENSIONES (fls. 54 a 57), se opuso a las pretensiones, al manifestar que la mayoría de los hechos no son ciertos o no le constan, y propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, y la declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, **PORVENIR S.A.** (fls. 68 a 81), también se opuso a las pretensiones, e indicó 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.

2. VINCULACIÓN LITISCONSORTE NECESARIO.

Mediante auto del 23 de abril de 2021 se dispuso la vinculación de **COLFONDOS S.A.** (fl.136), quien no presentó oposición a las pretensiones, y no propuso excepciones de mérito (fls. 143 a 145).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El A Quo dictó sentencia condenatoria el 01 de diciembre de 2021, declarando la ineficacia del traslado efectuado por la actora a COLFONDOS S.A. el 31 de julio de 1993, así como el traslado que posteriormente realizó a PORVENIR S.A.; y que la actora siempre ha estado en COLPENSIONES. Igualmente, se ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, y a esta, tener a la actora como si nunca se hubiera trasladado de régimen. No condenó en costas.

IV. APELACIÓN DE LA SENTENCIA.

COLPENSIONES adujo que la actora tenía conocimiento de los regímenes escogidos, pues se trasladó múltiples veces y retornó al régimen de prima media, actos de relacionamiento que deben ser tenidos en cuenta; y que, al retrotraerse las cosas a su estado anterior, se deben reconocer todos los valores que percibieron los fondos privado, incluidos, los correspondientes gastos de administración.

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, así como el grado jurisdiccional de consulta. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas, para reafirmar sus argumentos.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

aportes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

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

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como

el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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 26 de julio de 1994 presenta aportes en tal régimen, según la historia laboral obrante a folios 173 a 176; **ii)** Se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A., el 31 de julio de 1996 (fl.157); **iii)** Pese a su traslado, la demandante realizó cotizaciones al I.S.S. de febrero de 1999 a enero de 2002, siendo devueltos por tal administradora al R.A.I.S. (fls. 173 a 176); **iv)** se trasladó a PORVENIR S.A. el 04 de diciembre de 2001 (fl.16); y **v)** Solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media el 08 de octubre de 2019, ante COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, las que fueron negadas por dichas entidades (fls. 17 a 24).

A folio 157 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31 de julio de 1996 con COLFONDOS S.A., el cual, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de 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

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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 asesor de PORVENIR S.A. le expresó que el I.S.S. se acabaría, que era el mejor fondo, y que le devolverían su dinero en caso de no pensionarse; luego, de tales manifestaciones, la Sala no deriva consecuencias adversas para ésta, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Tampoco se desprende del testimonio rendido por la testigo Martha Niño Moreno, que la parte demandada acreditó el deber de información, pues dicha declarante no estuvo en la afiliación con COLFONDOS S.A., y en cuanto a la de PORVENIR S.A. únicamente señaló que les explicaron que el I.S.S. se iba a acabar, que podían tener una mejor pensión, y que se podían pensionar anticipadamente, elementos que igualmente resultan insuficientes para establecer que se cumplió con el pluricitado deber de información.

Así mismo, se hace necesario aclarar que no es dable considerar que la demandante luego de su traslado a COLFONDOS S.A., tuviera el deseo retornar al régimen de prima media, pues si bien se efectuaron a su nombre aportes con posterioridad al 31 de julio de 1996- fecha de traslado-, lo cierto es que no obra prueba de que hubiere suscrito ningún tipo de formulario de afiliación con ésta; en interrogatorio de parte la actora manifestó que era su empleador quien realizaba dichos aportes y, en todo caso, al verificarse que obran aportes realizados desde febrero de 1999, no es dable considerar que tal afiliación hubiera podido surtir efectos, pues no se cumplirían los tiempos mínimos de permanencia en R.A.I.S., y en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

consecuencia se estaría en una multivinculación; recuérdese que para la época sólo se podía trasladar de régimen cada tres años, según lo que disponía el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original.

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 TAMAYO MEDINA en el traslado que ésta realizó el 31 de julio 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. En ese orden de ideas, se confirmará la ineficacia de traslado que impuso el 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, 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

razón por la cual se **MODIFICARÁ el numeral primero** de la sentencia a fin de **ACLARAR** 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, se encuentran los **aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y 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.

Por las mismas razones, se hace necesario **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de ADICIONAR que COLFONDOS S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de **sostenibilidad financiera**, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 de 2019, las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargos que tiene que se adjudica al accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

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.

Sin costas en esta instancia. No se imponen a COLPENSIONES como quiera que no hizo parte del acto de traslado, y 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,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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

R E S U E L V E:

PRIMERO. – **MODIFICAR el numeral primero** de la sentencia, en el sentido de **ACLARAR** 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, se encuentran los **aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima y seguros previsionales;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.** Igualmente, se ADICIONAR el numeral primero en el sentido de establecer que COLFONDOS S.A. deberá devolver las sumas descontadas por **gastos de administración, sumas pagadas por concepto de seguros previsionales, para la garantía de pensión mínima, y comisiones;** rubros que deberán pagarse debidamente **indexados.**

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

TERCERO. –. Sin costas en esta instancia.

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

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-015-2020-00086 -01.

Demandante: **MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA.**

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: MARTHA DORIS TAMAYO MEDINA
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**015-2020-00086-01**

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, acompañó la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **998f050b9fc57fcc7a9a698b6f2f32b229c3181905e62fd88ad8f58828fe63b**

Documento generado en 31/10/2022 11:06:15 AM

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