



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador

Radicación No. 006-2020-00326-01

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

DEMANDANTE: **CESAR ARTURO ORDOÑEZ ARENA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIONES DEMANDANTE Y DEMANDADA//GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Parte demandante y demandada presentó alegaciones, según lo ordenado en auto del 06 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CESAR ARTURO ORDOÑEZ ARENA instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS:

1. DECLARAR que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, de acuerdo a lo previsto en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

2. **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, de manera vitalicia, junto con el retroactivo pensional causado desde el 1 de diciembre de 2019.
3. **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar las mesadas adicionales, y reajustes legales.
4. **CONDENAR** a la pasiva al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993
5. Costas procesales.

CONTESTACION DE DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda (folio 87-97), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado no logro demostrar la condición de padre cabeza de familia, debido a que no allego registro civil de defunción de la cónyuge o compañera permanente o declaraciones propias de terceros en las que se haga constar la ausencia de la madre de DANIEL ESTEBAN ORDOÑEZ CASTRO. Propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, entre otras.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 6º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 24 de febrero de 2022 “CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante señor CESAR ARTURO ORDOÑEZ ARENA, la pensión especial de vejez por hijo en estado de incapacidad a partir del día siguiente de la desvinculación del accionante del sistema, en cuantía que se determina mediante la aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, advirtiéndole que en caso de que el demandante se reincorpore a la fuerza laboral y hasta tanto su hijo permanezca en estado de invalidez y continúe dependiente del acciona y sin perjuicio que eventualmente el accionante opte por renunciar a la pensión especial para la reclamación de la pensión de vejez ordinaria, una vez reúna los requisitos del sistema general de pensiones que le corresponda. COSTAS a cargo de la parte demanda, vencida en el proceso, se fija la suma de \$3.800.000, por concepto de agencias en derecho”

RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA

Inconforme con la determinación adoptada por el juez de primera instancia, el demandante presentó recurso de apelación, indicando: “*de manera respetuosa*”

interpongo recurso de apelación toda vez que mi prohijado cumplió los requisitos exigidos en el año 2019, en diciembre, como bien lo dijo su despacho y fue conminado a seguir cotizando porque le toco seguir trabajando toda vez que no pudo desvincularse laboralmente, porque la administradora colombiana de pensiones lo conmino o siguió trabajando para la manutención de su hijo Daniel, en ese orden de ideas por la asignación anteriormente causada de forma indebida por la Administradora Colombiana de Pensiones, interpongo recurso de apelación y solicito se reconozca el retroactivo pensional a partir de diciembre de 2019, con sus intereses moratorios que dieran a lugar”

Entre tanto COLPENSIONES insiste en la revocatoria de la sentencia, por cuando el afiliado no acreditó la condición de padre cabeza de familia, como tampoco que es el único que genera ingresos para su hogar, que por el contrario de las declaraciones allegadas por terceros, se evidencia que el accionante tiene un vínculo matrimonial vigente, que convive con su cónyuge y que además ella trabaja.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y de la SS, la Sala examinará si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, por hijo invalido prevista en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Para resolver los problemas jurídicos planteados tenemos como marco normativo, el contenido en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, conforme al cual es necesario que el demandante logre el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) que la madre o el padre, haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.
- 2) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada.
- 3) que la persona discapacitada sea dependiente de su madre o de su padre, según fuere el caso.

En tanto como requisitos adicionales de permanencia en el régimen de la pensión especial, el mencionado precepto jurídico establece los siguientes:

- i) Que el hijo afectado por esa invalidez permanezca en esa condición y continúe como dependiente de su padre.
- ii) Y que el padre o madre no se incorpore a la fuerza laboral.

Ahora, la finalidad de esta prestación se concreta en que el padre o la madre no continúe laborando a fin de dedicarse al cuidado del hijo en condición de discapacidad y de esta manera propender por los intereses de este, quien resulta ser un sujeto de especial protección para el Estado, sin que el asegurado vea truncada su posibilidad de acceder a una pensión de vejez que le permita cumplir de manera digna con sus obligaciones familiares y alimentarias.

Adicionalmente, la norma en comento estableció como requisito necesario para la causación del derecho pensional, tal como ya se precisó, la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor; sin embargo, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «padre cabeza de familia» y así lo ha definido la Sala de Casación Laboral en sentencias SL17898 de 2016 y SL 4770 de 2021, al establecer:

“Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: «Mujer con hijos menores de 18 años de edad, biológicos o adoptivos, o hijos inválidos que dependan económicamente y de manera exclusiva de ellas, y cuyo ingreso familiar corresponde únicamente al salario que devenga del organismo o entidad pública a la cual se encuentra vinculada» (resalta la Sala).

Lo anterior, por cuanto de la lectura desprevenida de esa última disposición, es dable concluir que deben converger dos situaciones para que las madres puedan ser catalogadas como «cabeza de familia». La primera, que sus hijos (menores o inválidos) dependan económicamente de ella y, la segunda, que tal subordinación financiera sea «exclusiva» o, lo que es igual, que sea la única proveedora de ingresos monetarios para el sostenimiento de sus descendientes.

Sin embargo, esa exigencia no se incluyó en la norma que establece la pensión especial pretendida en este asunto, pues en ninguno de sus apartes se refirió en sentido estricto a la calidad de madre cabeza de familia ni tampoco incluyó el requisito de «exclusividad» a que se hizo referencia.

Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres.”

(...)

Y es que la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, se ubica en forma primigenia dentro de los deberes que se generan en el seno de una familia, y pese a que se trata de un tema preciso y

específico del campo civil, varias disposiciones nacionales se ocupan del tema. Para no ir más lejos, en materia de seguridad social, en tratándose de las pensiones de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad, esta Sala ha sostenido que se presume la dependencia económica respecto del causante, posición que también ha sido avalada por la Corte Constitucional.

Entonces, la falta de la condición de madre cabeza de familia, no puede erigirse como un elemento constitutivo de marginación para acceder a la prestación reclamada, cuando, por lo visto, los hijos menores e inválidos, por ley dependen económicamente de sus dos progenitores, y precisamente, la pensión especial propende porque uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia no solo del discapacitado sino de su padre o madre según el caso.

Por eso, resulta claro que ese derecho también está ligado a otras garantías fundamentales como el mínimo vital, alimentos y seguridad social.”

En este orden de ideas, atendiendo la normativa y los precedentes citados, se tiene que en el asunto de marras el afiliado **CESAR ARTURO ORDOÑEZ ARENA**, cotizo al sistema general de pensiones un total de 1489.57 semanas entre el 24 de octubre de 1986 y el 31 de diciembre de 2020, además que figura como padre del señor **DANIEL ESTEBAN ORDOÑEZ CASTRO**, quien nació el 20 de abril de 1993 y fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 61.95% y fecha de estructuración el 20 de abril de 1993.

En cuanto a la dependencia económica, se presume dada la obligación alimentaria legal y constitucional que los padres tienen frente a los hijos, pero además de ello, el demandante en el caso examinado, probó a través de la prueba testimonial solicitada este presupuesto.

Lo anterior, por cuanto al señora **LUZ ARGENIS FIGUEROA RIVERA**, adujo conocer al demandante desde hace 18 años, que son compañeros de trabajo, que el actor es casado con la señora PATRICIA CASTRO, con quien convive, en compañía de dos hijos JOSUE Y DANIEL ORDOÑEZ, y que este último tiene una invalidez, cuyo cuidado, está a cargo de su padres, en especial de su papá, por cuanto la madre tiene que laborar en un jornada extensa y su otro hijo estudia, en cuanto a la dependencia económica del hijo DANIEL ORDOÑEZ, señaló: *“económicamente depende de su papá especialmente y de su mamá, los dos están ahí como esposo, pero en cuanto a cuidado de su papá, él es el que esta, en estos 18 años que yo lo conozco él es el que ha estado más pendiente de llevarlo, traerlo de aun el niño sale, él es el que lo está recibéndolo, lo lleva, del papá.”* Finalmente, la testigo adujo que en muchas ocasiones el demandante ha tenido que llevar a su primogénito a su lugar de trabajo, al no tener quien lo cuide.

Entre tanto la señora **MARTHA INES CARREÑO ROSARIO**, adujo en su testimonio que conoce al demandante hace mas de 20 años, que contrajo matrimonio con PATRICIA CASTRO, con quien convive, que tiene a su cargo tres hijos, uno de los cuales de nombre DANIEL ORDOÑEZ, tiene una discapacidad física que lo hace dependiente de otras personas, en cuanto a lo económico indico: *“lo que yo sé, es que él depende de Cesar Ordoñez, que es la persona que esta a cargo de él, económicamente y en toda su atención (...) porque lo he visto a los dos y en muchas conversaciones que he tenido con ellos, me comentaron que él era el que llevaba el sustento de Daniel.”* Manifestando por último que, el padre, es el que atiende el cuidado personal, baño, recreación y alimentación de su hijo, dado que por cuestiones laborales y dada la distancia entre su lugar de trabajo y su hogar, no lo puede hacer su madre.

Por su parte **YANETH AFANADOR**, señaló en su declaración que conoce al actor hace más de 25 años, que el mencionado señor contrajo matrimonio con PATRICIA CASTRO, con quien convive, además de vivir con sus tres hijos. Indicó que un hijo del actor de nombre DANIEL ORDOÑEZ, tiene una discapacidad física y cognitiva, que él depende económicamente del señor ORDOÑEZ ARENA: *“depende de Cesar Ordoñez, económicamente de Cesar Ordoñez, él se encarga de todos su gastos, yo he tenido la oportunidad de acompañarlo, a comprarle los zapatos incluso lo he cubierto cuando él ha tenido llevar el niño a cita médica, mientras el hace alguna labora de trabajo, yo acompaño al niño y en seguida que el llega, pues yo vuelvo a mis labores.”* Y Que la madre, vela por la manutención de sus otros hijos.

En ese sentido, del material probatorio reseñado, queda claro para esta Sala de Decisión, que el demandante contaba con el número mínimo de semanas necesarias para acceder a la pensión de vejez; que su hijo DAVID ORDOÑEZ, tenía una pérdida de capacidad laboral del 61.95% y, que aquel dependía económicamente de su progenitor, al probarse así de las declaraciones rendidas por los testigos, por lo que la entidad de seguridad social convocada a juicio ha debido acceder el reconocimiento de la prestación pretendida.

Ahora, respecto de la fecha de la prestación, esta será a partir del día siguiente a la calenda que en el actor se retire del sistema general de pensiones, sin que sea posible acceder al pedimento consistente en otorgar el beneficio pensional desde el 1 de diciembre de 2019, día siguiente a la ultima cotización, ya que la historia laboral, da cuenta que para la fecha de presentación de la acción ordinaria -7 de julio de 2020- aún se encontraba cotizando, además de figurar como asegurado activo, aún más dada su condición de trabajador dependiente, según la declaración rendida por la testigo LUZ ARGENIS FIGUEROA.

Adicionalmente, nótese que para la fecha enunciada en el escrito inicial -1 de diciembre de 2019- ni siquiera se había peticionada la pensión especial, pues esta solo fue requerida ante la pasiva, el 27 de mayo de 2020, según acto administrativo SUB-122464 del 5 de junio de 2020, es decir, no existen signos inequívocos que conlleven a esta Sala a entender que el actor pretendía la pensión desde el 1 de diciembre de 2019.

Así mismo, cabe precisarle a COLPENSIONES que, para calcular la cuantía de la primera mesada debe contabilizarse hasta la última semana aportada al sistema, y teniendo un cuenta como IBL, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliado en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, según le fuere más favorable al así establecerlo el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en tanto para la tasa de reemplazo se deberá adoptar la regla enunciada en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, frente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no hay lugar acceder a esta suplica, ya que la norma solo contempla su procedencia en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, situación que no ocurre, pues el reconocimiento de la prestación se esta ordenando desde la fecha en que el actor demuestre su desafiliación al sistema general de seguridad social en pensiones.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera.

Costas. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de febrero de 2022, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310500620200032601)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad 11001310500620200032601)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310500620200032601)

Enlace visualización expediente digital: [06-2020-326](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2020-00322-01

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

DEMANDANTE: **GLORIA AMPARO MOLINA HERRERA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES
PORVENIR S.A.**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADAS
(COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.) // CONSULTA
COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA AMPARO MOLINA HERRERA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. como aparece a folios

4 a 26 en el archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por la AFP PORVENIR S.A., por no haberse realizado de manera libre y voluntaria.

2. como consecuencia de la anterior declaración se condene AFP PORVENIR S.A. a retornar a la demandante a COLPENSIONES, y devolver el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los cobros y gastos administrativos descontados.

3. Que se ordene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen pensional que administra, junto con todos los aportes rendimientos financieros y devoluciones de cobros de administración como si nunca hubiera existido un traslado de régimen pensional.

4. que se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta que atenta contra el derecho pensional de la demandante

5. Que se condene en costas y agendas de derecho.

6. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda **COLPENSIONES** (fl. 3 a 52 archivo 11 del expediente digital), **PORVENIR S.A.** (fl. 3 a 36 del archivo 10 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 8 de abril de 2022,

PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se oponen a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 27 de abril de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora GLORIA AMPARO MOLINA HERRERA a la AFP PORVENIR el 3 de agosto de 1999; **DECLARÓ** que la aseguradora para los riesgos de invalidez, vejez y muerte de la demandante es COLPENSIONES; **ORDENÓ** a PORVENIR S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; **CONDENÓ** en costas a las demandadas; **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, el cual argumento así:

De la ineficacia del traslado

Manifestó que si bien conoce el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el tema de ineficacia de traslado, la alta corte también ha establecido que no es dable aplicarlo de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia por incumplimiento del deber de información, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que a su criterio no se presenta en el asunto bajo estudio, ya que aseguró que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen de manera voluntaria sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente para el año 1999, la cual aclaró no es la misma que se solicita en la demanda.

Aunado a lo anterior, indicó que las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS están establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que la demandante pudo validar en cualquier tiempo las condiciones que estaba ofreciendo porvenir en ese momento, además, que como consumidora financiera debió actuar con más diligencia, para obtener por lo menos información suficiente del acto jurídico que estaba realizando, más aun si se tiene en cuenta que

cualquier información relevante sobre las consecuencias estaba contenida en normas legales de común conocimiento.

Por ello indica que no existen razones fácticas o jurídicas para declarar la ineficacia del traslado, por lo que al gozar de plena validez la vinculación de la demandante, no debe condenarse en costas a su entidad

Por otra parte, la demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que bajo el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia en los casos en los que se alega la falta de información, debe analizarse si se produce un efecto adverso como lo es perder el régimen de transición pensional, o si se trata de una situación donde el afiliado no se puede trasladar de régimen y por no hallarse de acuerdo con la mesada pensional encuentra en esta clase de acción la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido, ignorando las normas que regulan las oportunidades en las que debe realizarse el traslado entre regímenes, no siendo este último escenario el objeto de protección del criterio de la alta corporación, argumentando que de declararse la ineficacia en esta situación afecta los principios fundamentales sobre los cuales se erige todo el sistema general de seguridad social como es la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional.

Aunado a lo anterior, indicó que no debe pasarse por alto que en el presente proceso quien solicita la ineficacia de traslado es una persona que no ha estado afiliada por más de 21 años al RPM, por lo que no debería beneficiarse del sistema al cual no realizó sus aportes, pues de hacerlo pone en riesgo el pago de las pensiones de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo, más aun cuando el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse en debida forma para tomar la decisión de realizar el cambio de régimen pensional, y al no encontrarse disminuido de su capacidad para celebrar los actos y contratos, pudo retornar al RPM bajo los términos dispuestos en la Ley 797 de 2003 antes de que le faltaran 10 años o menos para arribar a la edad mínima pensional sin que así lo realizara.

Finalmente manifestó que, en caso de advertirse algún vicio en el momento en que se realizó el traslado de régimen, conforme al artículo 1750 del C.C. la parte demandante debió solicitar la rescisión del acto jurídico dentro de los 4 años siguientes a su celebración, y como no se hizo en dicho termino, tal situación debe tenerse como una ratificación tacita del acto saneándose así cualquier nulidad que

hubiere podido existir, razón por la que la afiliado debe someterse a las condiciones del sistema por el que opto, por ello, y en atención a que aduce que no hay lugar a declarar la ineficacia tampoco es el pago de costas y agencias en derecho, máxime que por mandato constitucional los dineros de COLPENSIONES no deben ser utilizados para un pago distinto a las pensiones de sus afiliados.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **GLORIA AMPARO MOLINA HERRERA** el día 3 de agosto de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 3 de agosto de 1999 con fecha de efectividad del 1 de octubre de 1999 (fl 105 del archivo 10 del expediente digital)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008,

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

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

mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

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

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

- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.**: Historia laboral consolidada, Relación histórica de movimientos, Certificado de afiliación de la demandante, Formularios de afiliación, Historia válida para bonos pensionales emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico, Certificado de traslados SIAFP, concepto de la superintendencia, y comunicado de prensa

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 3 de agosto de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los

artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 3 de agosto de 1999, la demandante tenía 132 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra fl 53 a 56 archivo 11 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 28 años (nació el 27 de mayo de 1966 fl 55 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 siempre y cuando complete las semanas mínimas para acceder a la prestación pensional (precisando que para el 7 de octubre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por PORVENIR S.A. que obra en los fls 37 a 51 del archivo 10 del expediente digital, la demandante había cotizado 1118 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 3 de agosto de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden

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

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

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

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

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba,

demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, centra esta Sala su estudio al reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, por lo que erró el *A quo*, al absolver a la administradora del RAIS de devolver tales conceptos, por lo que en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, hay lugar a **REVOCAR** el ordinal QUINTO de la sentencia recurrida y en su lugar **CONDENAR** a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **GLORIA AMPARO MOLINA HERRERA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 3 de agosto de 1999.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de

régimen pensional, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, máxime si se trata de un tema reiterado, razón por la cual no hay lugar a variar la condena en costas fijadas en primera instancia.

No obstante, se corregirá la parte resolutive en la sentencia de primera instancia que en su ordinal cuarto condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad que no fue llamada ni hizo parte de este proceso

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal QUINTO de la sentencia proferida 27 de abril de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá, y en su lugar **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo en que duró afiliada la demandante a su entidad, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

SEGUNDO: CORREGIR el ordinal CUARTO de la sentencia, para establecer que la condena en costas solo recaerá en las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida día 27 de abril de 2022 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

[20-2020-00322-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gloria Amparo Molina Herrera
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2020-00322-01**

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: **22c11e76470118ee4e9dcc8ce7f005cab45a11789690d2f52c8d7b85ce453f3**

Documento generado en 07/12/2022 05:03:59 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 20-2021-00163-01

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

DEMANDANTE: JUAN CARLOS MENÉNDEZ BARRETO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA
(COLPENSIONES) // CONSULTA COLPENSIONES.

PROVIDENCIA

Previo a resolver lo concerniente al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta, Procede esta Sala a resolver la petición presentada el 2 de diciembre de 2021, por la apoderada de la parte demandada PORVENIR S.A. (archivo 10 expediente digital), relacionada con el desistimiento del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá.

Observa esta corporación, que el escrito presentado reúne los presupuestos exigidos por el artículo 314 y 316 del Código General del Proceso, norma a la cual se acude por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, como quiera que la abogada cuenta con la facultad para desistir, según se lee en el poder que le fuere otorgado a la firma de abogados de la que hace parte

(GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.), mediante escritura pública No 788 de la Notaria 18 del Circulo de Bogotá D.C. que obra a fl. 109 a 146 del expediente.

Por lo anterior, la Sala Segunda de Decisión Laboral **RESUELVE:**

PRIMERO: Se reconoce personería a la abogada ANA CAROLINA PUENTES CÉSPEDES con C.C. No 1.010.229.148 y tarjeta profesional No 330.105 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de abogada inscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada sustituta de la parte demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.

SEGUNDO: ACEPTAR el DESISTIMIENTO del recurso de apelación presentado por la parte demandada PORVENIR S.A., de acuerdo con lo expuesto.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

SENTENCIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 1 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **JUAN CARLOS MENÉNDEZ BARRETO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. como aparece a folios 2 a 7 del archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante en mayo de 2003 con la AFP PORVENIR S.A., toda vez que no se le brindo información completa y oportuna, y en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a COLPENSIONES a tener al demandante entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.
3. Que se condene en costas y agendas de derecho.
4. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 3 a 38 del archivo 01 del expediente digital), PORVENIR S.A. (fls. 3 a 24 del archivo 04 del expediente digital), de acuerdo a los proveídos del 24 de febrero de 2021, y 2 de noviembre de 2021.

COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. se oponen a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de noviembre de 2021; **DECLARÓ** la ineficacia de afiliación o traslado del Régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor JUAN CARLOS MENÉNDEZ BARRETO, el 8 de abril de 2003 a PORVENIR S.A.; **DECLARÓ** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; **CONDENÓ** a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del demandante, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiese; **CONDENÓ** en costas a las demandadas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

la parte demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que lo que se encontró dentro del proceso fue un error en punto de derecho que no tiene fuerza legal para afectar la eficacia del acto jurídico de traslado realizado entre el demandante y la AFP, aunado a ello, aseguró que la parte actora no demostró la existencia de algún vicio de consentimiento de los consagrados en el artículo 1740 del C.C., y conforme al artículo 167 del C.G.P., incumbía a la parte solicitante probar los supuestos facticos en que formulan sus alegaciones, sin que su mera afirmación sea suficiente para trasladar a la administradora la carga probatoria de desvirtuarlos.

Finalmente, indicó que debe tenerse en cuenta el criterio establecido por la Corte Constitucional en sentencias SU062 del 2010 y SU130 de 2013, respecto a que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **JUAN CARLOS MENÉNDEZ BARRETO** el día 8 de abril de 2003; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso, que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 8 de abril de 2003 con fecha de efectividad del 9 de abril de 2003 (fl. 96 del archivo 04 del expediente digital)

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

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

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

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

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

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

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

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo, e historia laboral, la **AFP PORVENIR S.A.** aportó: historia laboral consolidada, relación histórica y movimientos, certificado de afiliación del demandante, Formulario de afiliación, relación de aportes, certificado de traslado SIAFP, concepto de la superintendencia, comunicado de prensa

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 8 de abril de 2003, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93

en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

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

Claramente para el momento del traslado 8 de abril de 2003, el demandante tenía 134,6 semanas (historia laboral de Porvenir S.A. que obra fls 25 a 34 del archivo 04 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 3 de octubre de 1961 fl 9 archivo 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2023 siempre y cuando complete el cúmulo mínimo de semanas para la pensión de vejez (precisando que para el 14 de octubre de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por PORVENIR S.A. que obra en los fls 25 a 34 del archivo 04 del expediente digital, el demandante había cotizado más de 1056 semanas); en cambio en el RAIS para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 8 de abril de 2003, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar

esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

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

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

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

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

infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

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

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

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

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

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018

y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Ahora, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, centra esta Sala su estudio al reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

De lo anterior es claro, que el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, en razón a ello, y en virtud al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, hay lugar a **ADICIONAR** el ordinal TERCERO del fallo recurrido en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante la afiliación del demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

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

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **JUAN CARLOS MENÉNDEZ BARRETO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 8 de abril de 2003.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación del actor de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

SIN COSTAS en esta instancia por las resultas del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados, los valores recibidos durante la afiliación del demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida 25 de noviembre de 2021 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá

TERCERO: SIN COSTAS en la apelación.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Juan Carlos Menéndez Barreto
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2021-00163-01**

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: **906cd66e2610c6023592712d056317208683cb27915112436310423cd35fb013**

Documento generado en 07/12/2022 05:03:58 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 23-2021-00188-01

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

DEMANDANTE: ELIZABETH GARCÍA CORONADO
DEMANDADO: COLPENSIONES
PORVENIR S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADAS (COLPENSIONES,
y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el día 2 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la abogada ANGÉLICA MARÍA CURE MUÑOZ con C.C. No 1.140.887.921 y tarjeta profesional No 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de abogada inscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal y a la abogada JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ con C.C. No 1.049.635.136 y T.P. No 368.140 como apoderada sustituta de la parte demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.

La parte demandante y las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto

de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH GARCÍA CORONADO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. como aparece a folios 1 a 22 en el archivo pdf de la carpeta 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó ELIZABETH GARCÍA CORONADO al régimen de ahorro individual con solidaridad con PORVENIR S.A. el 1 de marzo del 2000 por la omisión de informar las implicaciones que tenía el cambio de régimen, y no poderse predicar la existencia del consentimiento libre, voluntario e informado
2. como consecuencia de la anterior declaración se condene PORVENIR S.A. a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado
3. Que se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen pensional que administra, junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas a dicho régimen.
4. Que se condene en costas y agendas de derecho.
5. y se condene en Ultra y Extra petita

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda **COLPENSIONES** (fl. 1 a 17 archivo pdf de la carpeta 06 del expediente digital), **PORVENIR S.A.** (fl. 01 a 29 del archivo pdf de la carpeta 05 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 30 de marzo de 2022.

PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se oponen a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 29 de junio de 2022; **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada PORVENIR S.A.; **CONDENÓ** a la demandada PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a Colpensiones de manera indexada, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de oficiar descuento, ni por administración ni por cualquier otro concepto; **DECLARÓ** que la demandante se encuentra afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas; **CONDENÓ** en costas a la demandada PORVENIR S.A.; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, el cual argumento así:

De la ineficacia del traslado

Manifestó que si bien conoce el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en el tema de ineficacia de traslado, la alta corte también ha establecido que se debe analizar de manera concreta las particularidades que se presentan en cada caso en específico cuando se solicita la ineficacia del traslado de régimen, y en este caso obran elementos de juicio suficientes para establecer que la demandante recibió la información requerida para el año 2000, la cual fue suministrada por un asesor comercial de la AFP COLPATRIA, y que se ratifica con la suscripción del formulario de vinculación, aunado a ello, indicó que la actora tuvo la oportunidad de reevaluar sus condiciones pensionales para determinar si mantenerse en el RAIS, no obstante aceptó que no actualizó sus datos de notificación, por lo que a PORVENIR S.A. se le dificultó allegar la comunicación del 25 de marzo de 2014 en la que se citaba para brindarle una reasesoría.

Por otra parte, indicó que la mera inconformidad que predica la demandante respecto a que el monto de la mesada pensional que le correspondería en el RPM y la que devengaría en el RAIS, no es prueba suficiente para determinar la falta de información, o la información errada al momento de realizar el traslado de régimen pensional.

Finalmente manifestó que la decisión de ordenar los rendimientos financieros junto con gastos de administración y seguros previsionales, desconoce la correcta y profesional gestión realizada por su entidad con los aportes a pensión de la demandante, y se estaría beneficiando la actora de un beneficio privativo del RAIS, lo que de conformidad con la sentencia SC 3201 del 2018 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, estaría en contravención del artículo 897 del Código de Comercio.

Por otra parte, la demandada **COLPENSIONES** interpuso apelación contra la decisión, argumentando que en el caso bajo estudio no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento, dado a que la demandante no contaba con una expectativa legítima, dado a que para la fecha de traslado tenía menos de 750 mesadas cotizadas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, resaltando que no se le pueden aplicar las sentencias SU 130 de 2013 y SU062 de 2010 al no ser beneficiaria del régimen de transición y al encontrarse inmersa en la prohibición de traslado dispuesta en la Ley 797 de 2003.

Manifestó que, la inconformidad presentada respecto al valor de la mesada pensional no implica que el cambio de régimen realizado por la demandante, naciera por engaño o por no haber recibido información suficiente, máxime que para el año 2000, según el Decreto 663 de 1993 los fondos solo tenían la obligación de dar información sobre las condiciones a la hora de traslado, por lo que exigirles proyecciones pensionales resulta desproporcionado, siendo así, lo que se presenta es un desinterés por parte de la demandante ya que decidió continuar cotizando al RAIS por más de 20 años.

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

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por **ELIZABETH GARCÍA CORONADO** el día 7 de febrero de 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLPATRIA S.A. el 7 de febrero de 2000 con fecha de efectividad del 1 de abril de 2000, y posteriormente por fusión de entidades fue cedida a la AFP HORIZONTE S.A. el 29 de septiembre de 2000 con fecha de efectividad del 29 de septiembre de 2000 y a la AFP PORVENIR S.A. el 1 de enero de 2014 con fecha de efectividad el mismo día. (fl 52 del archivo pdf de la carpeta 05 del expediente digital)

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante

sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

- 10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP PORVENIR S.A.:** Historia laboral consolidada, relación histórica de movimientos, Certificación de afiliación de la demandante, Formulario de afiliación, Historia válida para bonos pensionales emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Certificado de traslados SIAFP, concepto de la superintendencia, y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el 7 de febrero de 2000, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Aclarando que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara

sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 7 de febrero de 2000, la demandante tenía 392,71 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra fl 222 a 227 archivo pdf de la carpeta 06 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 27 años (nació el 17 de julio de 1967 fl 43 archivo pdf de la carpeta 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024 (precisando que para el 11 de agosto de 2021, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por PORVENIR S.A. que obra en los fls 30 a del 35 del archivo pdf de la carpeta 05 del expediente digital, la demandante había cotizado 1497 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 7 de febrero de 2000, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

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

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

“(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida

respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

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

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

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

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo

privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

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

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

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

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

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

Ahora, a diferencia de lo argumentado en el recurso de apelación, se halla razón al *A quo* respecto a la orden de reintegro de la totalidad de los aportes, gastos de administración, previsionales, bonos pensionales etc, en favor de COLPENSIONES, esto, dado a que como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello

es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Por las anteriores razones se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en lo que respecta a **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **ELIZABETH GARCÍA CORONADO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 7 de febrero de 2000.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

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

afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida día 2 de mayo de 2022 por el Juzgado 23 Laboral el Circuito de Bogotá

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

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alejandra María Henao Palacio', written in a cursive style.

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

[23-2021-00188-01](#)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Elizabeth García Coronado
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**023-2021-00188-01**

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

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

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, 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: **f48901fd71d3c0dc21c03d0d335185ff472f446052b54f701719fd544c6465bb**

Documento generado en 07/12/2022 05:03:58 PM

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 024-2020-00200-01

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

**DEMANDANTE: YOLANDA AVENDAÑO DE CONTRERAS
DEMANDADO: COLPENSIONES
ASUNTO: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA PARTE
DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta a favor de la accionante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 09 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Parte demandada -COLPENSIONES- presentó alegaciones, según lo ordenado en auto del 01 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora YOLANDA AVENDAÑO DE CONTRERAS instauró demanda ordinaria laboral contra de COLPENSIONES, debidamente sustentada como aparece en el expediente digital (folio 1-19 carpeta 1), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- 1. CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del 13 de marzo de 2008, descontando del retroactivo pensional lo percibido por indemnización sustitutiva.
- 2. CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 e indexación.
- 3. Costas** procesales.

CONTESTACION DE DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda (folio 3-25), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que la afiliada incumplió con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, para la causación del derecho pensional. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, entre otras.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 24° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 09 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de todas y cada uno de las pretensiones incoadas en el escrito inicial. **DECLARÓ** probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo propuestas por la pasiva y **CONDENÓ** en costas a la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue totalmente adversa a los intereses de la accionante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.

En virtud de lo señalado en el artículo 66A del CPT y de la SS, la Sala examinará si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

En esta instancia se encuentra probado que la actora para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 41 años de edad, pues nació el 13 de marzo de 1953, según el documento de identificación que obra a folio 24 del plenario, situación que la hace beneficiaria del régimen de transición, por lo que es posible estudiar su situación pensional según el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que gozaran del régimen de transición y contabilizaran por lo menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a su entrada en vigencia-*29 de julio de 2005-*, para quienes se les extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, salvo que causaran el derecho pensional antes de la fecha precitada inicialmente.

En el presente asunto, la afiliada YOLANDA AVENDAÑO DE CONTRERAS cumplió 55 años de edad, el 13 de marzo de 2008 y de acuerdo a la historia laboral computó en toda su vida 812 semanas de cotización -octubre de 1970 y marzo de 2005- de las cuales 485 semanas, fueron efectuadas dentro de los 20 años previos al cumplimiento de la edad y si bien las cotizaciones mencionadas, le permitieron extender el régimen de transición hasta el año 2014, al demostrar mas de 750 semanas, para la calenda en que entró en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, no logró acreditar las 1000 semanas antes de que perdiera vigencia el beneficio enunciado.

Ahora, según los hechos relatados en el escrito inicial, lo pretendido por la demandante, es que se computen los periodos efectuados entre julio de 2011 y enero de 2015, empero al estudiar el expediente administrativo de la afiliada, se puede corroborar, según certificado expedido el 25 de octubre de 2017, por el Consorcio Colombia Mayor, que la asegurada estuvo vinculada al FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL-PROGRAMA DE SUBSIDIO AL APORTE EN PENSION, en el grupo poblacional TRABAJADOR INEPENDIENTE URBANO 3 desde el 1 de julio de 2011 hasta el 25 de abril de 2014, siendo su estado actual "SUSPENDIDA": *"por motivo RUAF, de acuerdo con cruces de información realizados por el CONSORCIO con la entidad Ministerio de Salud y Protección Social o Ministerio del Trabajo, como medida preventiva, para identificar posibles fallecidos, pensionados o capacidad de pago."*

En tanto al estudiar la historia laboral de la demandante, se establece que respecto del aporte realizado por la señora AVENDAÑO DE CONTRERAS, entre julio de 2011 y abril de 2014, existe la observación "Saldo a favor del Afiliado" en tanto, respecto de CONSORCIO PROSPERAR, se indica *"Valor del subsidio devuelto al Estado por Decreto 3771"*

Adicionalmente se tiene que por requerimiento efectuado por el Juzgado de origen, la entidad Fiduciaria informo:

"Colpensiones a través de correo electrónico del 7 de abril de 2022, informó que la devolución de aportes de la señora Yolanda Avendaño se debió adicionalmente a que la misma es beneficiaria de una pensión de sobreviviente, que le proporcionaba a la señora Avendaño de Contreras ingresos superiores al salario mínimo legal mensual vigente, lo que se corrobora con el reporte en su aplicativo web, al que la Administradora Fiduciaria tiene acceso:

BOGOTÁ, D.C.	BOGOTÁ	3057053688
7. Sexo F	8. Correo electrónico YOLAVI2012@HOTMAIL.COI	9. Fecha Nacimiento 13/03/1953
10. Fecha de Vinculación 01/07/2011	11. Fecha Retiro 30/04/2014	12. Grupo Pob. U-Independiente U III
13. Estado Actual Afiliado con estado No Viable - Pensionado ISS		
14. Estado Actual ASOFONDOS 104 - Pensionado con el ISS		
15. Estado Definitivo Novedad No VIABLE - No Procesor Novedad		
16. Tipo de Prestación YOLANDA AVENDANO DE CI	17. Descripción SOBREVIVIENTES DECRETO 31	18. Fecha 01/01/1989
19. Estado Pensión ACT		

[Ver Detalle de Pagos](#)

Al respecto debe tenerse en cuenta que la señora Avendaño de Contreras al momento de procesar su afiliación al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, a través del Formulario No.- 1915819 informó que sus ingresos equivalían a \$530.000 provenientes de la ocupación “servicios”, sin embargo, tenía la calidad de pensionada por sobrevivencia, cuyas mesadas eran objeto de un reajuste de aporte al Sistema de Salud conforme con lo establecido en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Conforme con las consideraciones de la Contraloría General de la República, el administrador fiduciario de la época debió dar aplicación a lo dispuesto en el literal e) del artículo 24 y al numeral 3 del artículo 27 del Decreto 3771 de 2007, vigente para época y actualmente compilado en el Decreto 1833 de 2016, los cuales establecen lo siguiente: “e) Cuando se demuestre que en cualquier tiempo, el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. En los eventos previstos en este literal, y sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, el beneficiario perderá la totalidad de los recursos aportados por el Fondo de Solidaridad Pensional durante el tiempo en el cual permaneció afiliado sin el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del subsidio y no podrá en el futuro volver a ser beneficiario del programa. Los aportes efectuados por el fondo, junto con los correspondientes rendimientos financieros, deberán devolverse a la Entidad Administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, dentro de los treinta días siguientes a la pérdida del subsidio.

Los aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le serán devueltos junto con los rendimientos financieros, descontando los gastos de administración, como si nunca hubiese cotizado al sistema.” (...) “Devolución del subsidio. La entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá controlar y hacer exigible la devolución de los subsidios, a las entidades administradoras de pensiones, cuando se presente alguno de los siguientes eventos: (...) 3. Cuando el afiliado pierda su condición de beneficiario por la causal de pérdida del derecho al subsidio definida en el literal e) del artículo 24 del presente decreto.”

Luego entiende esta Sala que la controversia radica, en si es posible computar el periodo comprendido entre julio de 2011 y enero de 2015, para acceder al derecho pensional que se pregona, aun cuando existió una afiliación al sistema, por intermedio del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, el que fue suspendido por percibir ingresos mayores a un salario mínimo.

Así las cosas, tenemos que, el artículo 24 del Decreto 3771 de 2007, previo que, el afiliado perderá la condición de beneficiario del subsidio al aporte en pensión en los siguientes eventos:

“a) Cuando adquiera capacidad de pago para cancelar la totalidad del aporte a la pensión;

b) Cuando cese la obligación de cotizar en los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 o cuando cumplan 65 años de edad, de conformidad con lo señalado en el artículo 29 de la Ley 100 de 1993;

c) Cuando se cumpla el período máximo establecido para el otorgamiento del subsidio;

d) Cuando deje de cancelar seis (6) meses continuos el aporte que le corresponde. La entidad administradora de pensiones correspondiente, tendrá hasta el último día hábil del sexto mes para comunicar a la entidad administradora del Fondo de Solidaridad Pensional sobre tal situación, con el fin de que esta proceda a suspender su afiliación al programa. En todo caso, la administradora del Fondo de Solidaridad Pensional deberá verificar que no se haya cobrado el subsidio durante este período.

La pérdida del derecho al subsidio por esta causal será por el término de seis (6) meses, contados a partir del momento de la suspensión de la afiliación al programa. Vencido este término, quien fuera beneficiario podrá efectuar una nueva solicitud de ingreso al Fondo de Solidaridad Pensional, hasta completar las 750 semanas subsidiadas, siempre y cuando, cumpla la edad y semanas de cotización o tiempo de servicio, señaladas en la normatividad vigente para ser beneficiarios del mismo;

e) Cuando se demuestre que en cualquier tiempo, el beneficiario ha suministrado datos falsos para obtener el subsidio; que se encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o que posee capacidad económica para pagar la totalidad del aporte.

En los eventos previstos en este literal, y sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, el beneficiario perderá la totalidad de los recursos aportados por el Fondo de Solidaridad Pensional durante el tiempo en el cual permaneció afiliado sin el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del subsidio y no podrá en el futuro volver a ser beneficiario del programa.

Los aportes efectuados por el fondo, junto con los correspondientes rendimientos financieros, deberán devolverse a la Entidad Administradora del Fondo de Solidaridad Pensional, dentro de los treinta días siguientes a la pérdida del subsidio.

Los aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le serán devueltos junto con los rendimientos financieros, descontando los gastos de administración, como si nunca hubiese cotizado al sistema;” (negrilla y cursiva fuera de texto)

En este orden de ideas, como quiera que, según informe rendido por la Fiduagraria, entidad ADMINISTRADORA DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL, desde el 1º de diciembre de 2018, en virtud de los Contratos de Encargo Fiduciario Nos.- 604 del 21 de noviembre de 2018 y 680 del 14 de diciembre de 2021, suscritos con el Ministerio del Trabajo, que la demandante percibe una pensión de sobrevivientes, situación que no fue puesta en conocimiento al momento de afiliarse al programa, lo que generó la suspensión

de la vinculación, circunstancia que además no fueron desconocidas por la afiliada, se entiende que su vinculación al sistema por intermedio del Fondo de Solidaridad no fue válida.

Lo anterior tiene asidero, en que el sistema general de pensiones se caracteriza por ser contributivo, por ende, su principal fuente de financiación está en las cotizaciones de quienes están obligados a realizarlas, carga que desde luego no puede ser ajena a los postulados de la buena fe, y de los restantes principios del sistema general de pensiones. Por lo tanto, no puede quedar a merced del asegurado, efectuar los aportes sin tener en cuenta la calidad con la que se vincula, pues las prestaciones económicas que ofrece ese sistema derivan de la validez de su afiliación y de las cotizaciones, es decir, que tanto una como otra deben hacerse sujetas al cuerpo normativo que las regula.

El anterior criterio fue acogido de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 1701 de 2016, al señalar:

“Esta posición jurídica no es compartida por la Corte, desde luego que olvida que en Colombia el sistema general de pensiones es eminentemente contributivo, cuya fuente de financiación lo constituyen las cotizaciones a cargo de los sujetos obligados a su sostenimiento.

Pero es absolutamente claro que las obligaciones de tales sujetos deben ceñirse a los postulados de la buena fe, de suerte que se correspondan con la condición que, real y verdaderamente, tengan dentro de la trama estructural y coherente del sistema.

Ello significa que la afiliación debe ser consonante con la realidad, de modo que no puede quedar librada al talante de las personas escoger la calidad en que se vinculan, para a partir de esa elección sufragar sus cotizaciones.

En ese sentido, las prestaciones o beneficios que ofrece el sistema de pensiones parten de un supuesto inmodificable: la validez de la afiliación y de los aportes. Es decir, el sistema sólo está obligado a reconocer y pagar tales prestaciones o beneficios a condición de que la inscripción y las cotizaciones sean jurídicamente válidas, en cuanto que se realizaron de conformidad con los reglamentos previamente consagrados en la ley.

Definitivamente, la inscripción al sistema y las obligaciones que se derivan para los afiliados y para las entidades gestoras o administradoras han de estar acompasadas con la verdadera calidad jurídica que el afiliado tenga.

No resulta de recibo, en tanto desdice del rasgo esencialmente contributivo del sistema colombiano de pensiones y desconoce los dictados de la buena fe, la afiliación simulada o fraudulenta, esto es, aquella que se no compagina con la realidad y con la condición jurídica cierta que ostenta el afiliado.

De tal suerte que no es para nada indiferente que la afiliación no se corresponda con la realidad, como que una conducta engañosa o signada por la simulación y el fraude no puede atraer la protección

legal a su autor, quien, por tanto, no puede hacerse merecedor de las prebendas que el sistema otorga.” (negrilla y subrayado fuera de texto)

Atendiendo el precedente jurisprudencial y la normativa citada, se concluye que como quiera que las cotizaciones que la demandante realizó al sistema general de pensionales, a través del fondo de solidaridad, no tuvieron validez, en la medida que perdió las prerrogativas del auxilio, al suministrar información falsa, la entidad de seguridad social llamada a juicio no estaba obligada a computar dichas semanas y por ende no es posible sumar el tiempo comprendido entre julio de 2011 y enero de 2015.

Ahora, si en gracia de discusión se computara el periodo enunciado *-julio de 2011 y enero de 2015-*, lo cierto es que dado que el régimen de transición perdió vigencia en diciembre de 2014, solo puede sumarse ciclos de 30, desde julio de 2011 hasta el 30 de diciembre de 2014, obteniéndose un total de 180 semanas, que al ser adicionadas a las 812, que reporta la historia laboral, arroja 992 semanas, por lo que tampoco se logra demostrar las 1000 semanas, que exige el Acuerdo 049 de 1990, para acceder al beneficio pensional que se reclama.

Los argumentos expuestos, resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera, al no demostrarse el cumplimiento de los requisitos contemplados en el Acuerdo 049 de 1990, para la causación del derecho pensional por vejez.

Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de mayo de 2022, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN ESTE GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad 11001310502420200020001)



LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad 11001310502420200020001)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad 11001310502420200020001)

ENLACE VISUALIZACION EXPEDIENTE DIGITAL: [24-2020-200](#)



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2019-00173-01

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

DEMANDANTE: ESPERANZA MEJÍA GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y la demandada COLPENSIONES presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 17 de junio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora ESPERANZA MEJÍA GIRALDO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A. como aparece a folios 2 a 17 en el archivo pdf denominado “*EXP DIGITAL 2019-173*” de la carpeta 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad absoluta por vicio en el consentimiento del traslado que la señora ESPERANZA MEJÍA GIRALDO, hizo del ISS al régimen de ahorro individual a partir del 1 de noviembre de 1997.

2. como consecuencia de la anterior declaración se ordene AFP COLFONDOS S.A. que transfiera a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual de ahorro de la demandante, incluyendo la totalidad de los rendimientos financieros, el 3% que haya sido destinado a gastos de administración y el 1.5% que haya sido destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

3. Que se ordene a COLPENSIONES reactivar sin solución de continuidad, la afiliación de la demandante con los derechos pensionales que gozaba antes del traslado inicial, y registre en la historia laboral el detalle de las cotizaciones que sean transferidas por COLFONDOS S.A.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda **COLPENSIONES** (fl. 82 a 94 archivo pdf denominado “*EXP DIGITAL 2019-173*” de la carpeta 01 del expediente digital), **COLFONDOS S.A.** (fl. 1 a 15 del archivo pdf denominado “*J-38 BTA*” de la carpeta 03 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 14 de enero de 2022,

COLFONDOS S.A., y COLPENSIONES, se oponen a las pretensiones de la demanda y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 10 de mayo de 2022; **ABSOLVIÓ** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda; se **RELEVÓ** del estudio de las excepciones propuestas; **CONDENÓ** en costas a la parte demandante; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, para lo cual indicó que en la línea jurisprudencial actual, se ha fijado una serie de pautas las cuales deben ser acogidas por los jueces de inferior

jerarquía, y solo podrían apartarse de ellas con razones válidas atendiendo el deber de dar motivaciones con una carga argumentativa suficiente, por ello, considera que no debieron negarse las pretensiones de la demanda, en atención a que desde la Sentencia hito con radicación 31989 del año 2008, la cual fue complementada con la de radicado 33314 de 2008, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H Corte Suprema de justicia, ha establecido la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación y traslado al RAIS, en los casos en los que no se demuestra el haber suministrado suficiente información al afiliado respecto a las ventajas y desventajas del traslado, imponiendo la carga de la prueba a los fondos demandados, criterio que ha ido evolucionando en favor de los afiliados por ser la parte débil de la relación contractual, en el sentido de establecer que no puede estimarse satisfecho el requisito de información con la suscripción del formulario de afiliación.

Por lo anterior, manifestó que en el caso en concreto de la demandante, erro el *A quo* en su decisión, dado a que de la pruebas aportadas y practicadas, los fondos no demostraron que se le haya suministrado la información mínima y necesaria establecida jurisprudencialmente a la actora al momento de realizar el traslado, y tal situación tampoco podía establecerse del interrogatorio de parte practicado a la demandante, toda vez que como lo afirmo en varias ocasiones, es arquitecta y no tiene ningún conocimiento jurídico ni financiero, por lo que no es dable presumir que conocía las implicaciones que tendría su traslado en razón a su estructura profesional.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por **ESPERANZA MEJÍA GIRALDO** el día 9 de septiembre de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 9 de

septiembre de 1997 con fecha de efectividad del 1 de noviembre de 1997 (fl 17 del archivo pdf denominado “J-38 BTA” de la carpeta 03 del expediente digital)

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

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

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de

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

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

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

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

En el presente caso los fondos demandados en la contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES**: Expediente administrativo, e historia laboral. **AFP COLFONDOS S.A.**: pantallazo del estado de la afiliación de la demandante, Certificado de traslados SIAFP, y formularios de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 9 de septiembre de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Aclarando que a diferencia de lo considerado por el *A quo*, del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 9 de septiembre de 1997, la demandante tenía 436.29 semanas (historia laboral de Colpensiones que obra archivo pdf denominado "GRP-SCH-HL" en la carpeta 02 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 27 de mayo de 1959 fl 24 pdf denominado "EXP DIGITAL 2019-173" de la carpeta 01 del expediente digital), y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, desde el año 2016 cumplió la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, y podría pensionarse en el RPM siempre y cuando complete las semanas mínimas para acceder a la prestación pensional (precisando que para el 31 de diciembre de 2017, fecha de expedición de la Historia laboral emitida por COLFONDOS S.A. que obra en los fls 25 a 29 del archivo pdf denominado "EXP DIGITAL 2019-173" de la carpeta 01 del expediente digital, la demandante había

cotizado 1274 semanas); en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional al llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 9 de septiembre de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado.

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

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

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

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

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar

que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

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

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

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

"(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita

comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

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

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

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

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

Con todo lo antes motivado, se tiene que lo procedente en el presente asunto es declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por intermedio de la AFP COLFONDOS el 9 de septiembre de 1997, por lo que esta última entidad deberá trasladar debidamente indexados a COLPENSIONES todos los aportes, con los rendimientos financieros que posea la actora en su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos conceptos con cargo a sus propias utilidades.

Advirtiéndolo que, para ordenar la devolución de gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

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

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

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en su lugar se **DECLARARÁ LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **ESPERANZA MEJÍA GIRALDO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., el 9 de septiembre de 1997.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, y en este caso el reconocimiento y disfrute de la mesada pensional se sujeta tanto al ingreso de los recursos a Colpensiones, como la desvinculación de la actora de régimen pensional, por tanto, se **DECLARARÁ NO PROBADA** de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia, las de la primera instancia se **REVOCAN** y se imponen a las entidades demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES**, a favor de la demandante.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por la señora **ESPERANZA MEJÍA GIRALDO** identificada con C.C. N° 51.600.115, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad, por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., realizado el día 9 de septiembre de 1997, que fue efectivo a partir del día 1 de noviembre de 1997, según se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado a la demandante **ESPERANZA MEJÍA GIRALDO** identificada con C.C N° 51.600.115, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado de este régimen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver debidamente indexados a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **ESPERANZA MEJÍA GIRALDO** identificada con C.C N° 51.600.115, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales si los hubiere, rendimientos financieros, junto con los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de la primera instancia a cargo de las entidades demandadas **COLFONDOS S.A.** y **COLPENSIONES** y a favor de la demandante.

QUINTO: EXHORTAR al Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Esperanza Mejía Giraldo
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2019-00173-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala al resolver la apelación, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí 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.

Finalmente, resulta necesario advertir que me aparto total y enfáticamente de lo dispuesto en el numeral quinto de la parte resolutive de la decisión proferida por la Sala, toda vez que, respetuosamente considero que no viene al caso el exhorto que allí se plantea, en idénticos términos a aquellos efectuados en las sentencias que en sede de tutela en materia de ineficacia de traslado ha emitido la

Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, a más de constituir, en mi sentir, una insinuación de falta de transparencia y de falta de validez de las cargas argumentativas, empero, no se profundiza en el análisis efectuado por la juez de conocimiento, para llegar a esa conclusión; y, en criterio de la suscrita, la decisión de primera instancia en todo caso, constituye un ejercicio legítimo de la autonomía e independencia judicial, salvo que se emita sin sustento fáctico y normativo alguno, o contrariando flagrantemente las disposiciones legales aplicables al asunto, sin el más mínimo ejercicio dialéctico que resulte medianamente razonable.

Y, aun cuando en segunda instancia se considere que hay lugar a la revocatoria de la decisión, así como en el recurso extraordinario de casación en múltiples oportunidades la Sala Laboral *casa – anula* las decisiones proferidas en segunda instancia por las Salas Laborales de los tribunales, tras encontrar yerros protuberantes en ellas, ello no implica *per se* la falta de transparencia o insubsistencia de los argumentos o consideraciones expuestas, pues incluso en muchos de esos asuntos, se adoptaron las decisiones conforme al criterio reiterado de la misma alta corporación, que ante la renovación de los magistrados que la integran o por otras circunstancias, porque se vuelvan a analizar los asuntos y se llegue a conclusiones distintas, fijan criterios diametralmente opuestos, y por eso, considero que no resulta prudente realizar el referido exhorto.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto y disenso con el exhorto efectuado.

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: **560fff0066961e6dc3b08a5196f7be67f8ca4922eab498554bd637b431e744c2**

Documento generado en 07/12/2022 05:03:57 PM

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

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



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 39-2016-00958-01

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

**DEMANDANTE: JORGE LUIS VELÁZQUEZ BERNAL,
MARÍA CAMILA JIMÉNEZ JARAMILLO, y
ERIKA PAMELA VEGA QUIJANO**

**DEMANDADO: FONDO NACIONAL DEL AHORRO
OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. - EN
REORGANIZACIÓN
COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS SA -
CONFIANZA S.A. (Llamado en garantía)
LIBERTY SEGUROS S.A. (Llamado en garantía)**

ASUNTO: APELACIÓN PARTE DEMANDANTE, Y OPTIMIZAR

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, y Optimizar en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de septiembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados del Fondo Nacional del Ahorro y Liberty Seguros presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

Los señores JORGE LUIS VELÁZQUEZ BERNAL, MARÍA CAMILA JIMÉNEZ JARAMILLO, y ERIKA PAMELA VEGA QUIJANO instauraron demanda ordinaria laboral contra del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. – EN REORGANIZACIÓN, como aparece a folios 7 a 52 del archivo 01 del expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES

- **DECLARAR** la existencia de una relación laboral entre los demandantes y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015
- **DECLARAR** que la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no cumplió con el pago correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones por el periodo de vigencia de la relación laboral con cada uno de los demandantes
- **DECLARAR** que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, contrató con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. *“la prestación de servicio de una empresa de servicios temporales, que suministre personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del fondo nacional del ahorro”*, a través de contratos de prestación de servicios identificados con los números 275 de 2014 y 147 de 2015.
- **DECLARAR** que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en su calidad de beneficiario del trabajo en misión, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de obligaciones prestacionales de vacaciones e indemnización moratoria del artículo 65 del CST, derivados del contrato de trabajo que existió entre cada uno de los demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

CONDENATORIAS PRINCIPALES

- **CONDENAR** solidariamente a las demandadas a pagar en favor de cada uno de los demandantes el valor correspondiente por concepto de CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS, PRIMA DE SERVICIOS, y

VACACIONES causadas por la totalidad de la vigencia de cada relación laboral

- **CONDENAR** solidariamente a las demandadas a cancelar a favor de los demandantes el valor correspondiente a la INDEMNIZACIÓN MORATORIA del artículo 65 del CST
- **CONDENAR** al pago de indexado de las condenas que se emitan.
- Que se condene extra y ultra petita
- Y las costas procesales

DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS

- **DECLARAR** que el verdadero empleador de los demandantes lo fue el FONDO NACIONAL DEL AHORRO teniendo en cuenta que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. fungió como simple intermediario.
- **DECLARAR** que el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no cumplió con el pago correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones por el periodo de vigencia de la relación laboral con cada uno de los demandantes
- **DECLARAR** que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en su calidad de simple intermediario, es solidariamente responsable del pago de la totalidad de obligaciones prestacionales de vacaciones e indemnización moratoria del artículo 65 del CST, derivados del contrato de trabajo que existió entre cada demandante y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO

CONDENATORIAS SUBSIDIARIAS DE JORGE LUIS VELÁZQUEZ BERNAL

- **CONDENAR** solidariamente a las demandadas a pagar en favor de cada uno de los demandantes el valor correspondiente a las CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS, PRIMA DE SERVICIOS, y VACACIONES causadas por la totalidad de la vigencia de cada relación laboral.
- **CONDENAR** solidariamente a las demandadas a cancelar a favor de los demandantes el valor correspondiente a la INDEMNIZACIÓN MORATORIA del artículo 65 del CST
- **CONDENAR** al pago de indexado de las condenas que se emitan.
- Que se condene extra y ultra petita
- Y las costas procesales

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Contestó la demanda: FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fls. 1 a 36 del archivo 05 del expediente digital), OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL (fls. 32 a 57 del archivo 04 del expediente digital), de acuerdo al auto de fecha 16 de octubre de 2018.

Por otra parte dentro del trámite adelantado, el Juzgado de primera mediante auto del 8 de febrero de 2019, se admitió el llamamiento en garantía de LIBERTY SEGUROS S.A., y la ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A. solicitado por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO (fl. 1 a 3 del archivo 11 del expediente digital).

LIBERTY SEGUROS SA contestó la demanda y el llamamiento en garantía (fls. 9 a 28 del archivo 12 del expediente digital), de acuerdo al auto del 7 de octubre de 2019 (fl 50 del archivo 12 del expediente digital).

COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA S.A. presentó contestación de la demanda y el llamamiento en garantía (fls. 24 a 36 del archivo 11 del expediente digital), no obstante, mediante auto del 27 de enero de 2020 el juzgado dispuso tener por no contestada la demanda.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 39° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 4 de febrero de 2020, **DECLARÓ** la existencia un contrato de trabajo entre la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y cada uno de los demandantes JORGE LUIS VELÁZQUEZ BERNAL, MARÍA CAMILA JIMÉNEZ JARAMILLO y ERIKA PAMELA VEGA QUIJANO desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015; **CONDENÓ** a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST a favor de JORGE LUIS VELÁZQUEZ BERNAL en la suma de \$61.294.200, a favor de MARÍA CAMILA JIMÉNEZ JARAMILLO en la suma de \$43.413.333, y a favor de ERIKA PAMELA VEGA QUIJANO en la suma de \$17.636.666; **ABSOLVIÓ** al demandado FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y las llamadas en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZA S.A. y LIBERTY SEGUROS de todas las pretensiones incoadas por los demandantes; **CONDENÓ** en costas a la temporal y a los demandantes.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación, en la cual luego de indicar que concuerda con el sentido condenatorio de la sentencia, solicita que en segunda instancia se realice el análisis de la pretensión subsidiaria correspondiente a que el Fondo Nacional del Ahorro sea declarado como el empleador de los demandantes y optimizar concorra como un simple deudor solidario, esto, en atención a la transgresión de las normas establecidas para la tercerización, pues el Fondo Nacional del Ahorro mediante conductas de mala fe contrató a los demandantes mediante aparentes contratos de obra o labor los cuales se extendieron por lapsos superiores a 6 meses con su prórroga, además que dichas contrataciones no cumplieron con el objeto contratado, es decir que no se vincularon a los demandante para remplazo de un trabajador de planta incapacitado ni tampoco para cubrir el aumento de producción pues las labores desarrolladas por los demandantes fueron continuas y son permanentes dentro del fondo, además de estar bajo subordinación de los funcionarios del mismo.

La **parte demandada (OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA)** presentó recurso de apelación:

INDEMNIZACIÓN MORATORIA: Señala que, tal y como quedó acreditado en el desarrollo del proceso, su entidad presentó una imposibilidad para pagar las acreencias laborales a cada uno de los demandantes, debido a que la empresa solicitó iniciar proceso de reorganización ante la superintendencia y desde el momento en que fue aceptada, se configuró el impedimento legal establecido en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, el cual consiste en que para hacer cualquier pago a los acreedores debe mediar una autorización especial del juez del concurso, esto, por estar la entidad sometida bajo los parámetros de la Ley de insolvencia, por lo anterior, aseguró que se demostró la buena fe de la demandada, porque desde el momento en que la empresa solicitó ser aceptada en el proceso de reorganización tuvo en cuenta a los demandantes como pasivos laborales, los cuales también se incluyeron en su proceso de liquidación, en el cual aseguró se realizó el pago de sus acreencias.

Adicional a lo anterior, indicó que en el expediente se acreditó que la empresa entró en reorganización desde el 15 de febrero de 2016, por lo que a su criterio esta debió ser la fecha en la que debió quedar fijada la sanción moratoria, por lo

que solicita que en caso de confirmar la condena por este concepto, solicita extender el extremo final de la misma a la fecha en que entró en reorganización.

Finalmente manifestó que a su sentir la condena en costas fue realizada por una suma muy alta, situación que atenta contra la prenda general de los acreedores, ya que tienen un total de 8649 empleados a quienes de alguna manera se les adeudan acreencias laborales y dicha condena afecta la prelación de créditos.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si pese a salir avante la pretensiones principales de la demanda hay lugar a realizar el estudio de las pretensiones subsidiarias **2.** En caso afirmativo, si en aplicación al principio de la primacía de la realidad, hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre los demandantes y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, **3.** Si hay lugar a mantener la condena correspondiente a la sanción moratoria **4.** y si hay lugar a declarar solidariamente responsable de las condenas impuestas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES SA EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, como simple intermediario. **5.** en caso de no salir avante el primer punto del problema jurídico determinar si hay lugar a revocar la sanción moratoria del artículo 65 del CST o si hay lugar a limitar la imposición de la sanción moratoria condenada al momento de la entrada en reorganización de la empresa de servicios temporales.

DE LAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

Sobre el particular, observa esta Sala de decisión que pese a no desconocer que la sentencia proferida por el *A quo*, concedió a favor de los demandantes las pretensiones contentivas en el libelo inicial como principales, el apoderado de la parte activa solicita en sede de apelación que esta corporación aborde nuevamente el estudio del petitum pero respecto de las pretensiones incluidas en

el acápite como subsidiarias, por considerar ser estas más beneficiosas para los interesados.

Dicho lo anterior, debe esta corporación indicar, que en lo que respecta a las pretensiones subsidiarias, al excluyentes con las pretensiones principales, por regla general su estudio debe abordarse solo en caso de que las pretensiones principales no resultaren acogidas por el juzgado de primera instancia, lo que a efectos prácticos supone su dejación en caso de la prosperidad de las primeras, solo exceptuándose de la regla general si las pretensiones subsidiarias hubieran quedado atadas en particular a una de las principales que no fueran acogidas, criterio que ha sido recogido por nuestra Sala de Casación Laboral de la H Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2971 de 2021 y proveídos AL 3511-2016 y AL 1216-2018.

Con lo antes expuesto, no hay lugar a que se realice el estudio de las pretensiones que echa de menos el apoderado de la parte actora, en atención a que tal como lo dispuso en su demanda su estudio estaba sujeto, *“ante la eventualidad de no accederse a las pretensiones principales”*, de lo que se entiende que su estudio estaba condicionado a la negativa de la totalidad de las pretensiones incorporadas como principales en su libelo introductorio, situación que no ocurrió en el presente asunto, y que no desconoce el recurrente, pues como ya se indicó el juez de primera instancia declaró la relación laboral de los demandantes con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

Por lo anterior, ya establecida la imposibilidad de esta corporación para realizar el estudio de la prosperidad o no de las pretensiones subsidiarias de la demanda, y como quiera que el recurso propuesto por la parte activa gira en torno a su viabilidad, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida frente a este aspecto.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

En lo concerniente al pago de la indemnización moratoria, valga rememorar lo que ha venido afirmando la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia (Rad. 36761 del 7 de diciembre de 2010), en el sentido de que la aplicación de una sanción por mora en el pago de salarios y prestaciones, como la contemplada en el artículo 65 del C. S. T., para los trabajadores particulares, o la que implica el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para los trabajadores oficiales, no es automática ni inexorable cada vez que se presenta la falta de pago o el

cumplimiento tardío, sino que en todos los casos es necesario analizar las razones o circunstancias por las cuales el empleador, a la terminación del contrato de trabajo, no satisfizo todos los valores a que estaba obligado laboralmente con su trabajador, pues si ellas resultan atendibles y justifican su actuar por fuera de lo previsto por el legislador, de manera que no quede duda que su conducta estuvo revestida de buena fe, no es aplicable la condena, porque no existe conducta reprochable que sancionar.

En el caso bajo estudio, se observa que OPTIMIZAR EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES desde la contestación de la demanda ha reiterado que siempre actuó con buena fe, ya que si bien no realizó los pagos de las liquidaciones a la finalización de los vínculos con cada uno de los demandantes, esto se dio por estar incurso en la prohibición establecida en el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, al haberse sometido al proceso de reorganización y posterior liquidación ante la Superintendencia de Sociedades.

Por lo anterior, debe rememorarse que la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido como criterio pasivo y reiterado, que en los casos en que se presenten crisis económica de una empresa, y se acoja al trámite de reestructuración económica, esto en principio no la exime de que sea condenada a pagar la indemnización moratoria, ya que prescindir de manera mecánica de la sanción sin la debida evaluación resultaría una interpretación errónea de la norma, por lo que estableció dos reglas para el juez de conocimiento, así: **1.** En caso de que la reestructuración se dio en el mismo periodo en el que se debieron cancelar las acreencias laborales respectivas el juzgador debe verificar si el empleador cumplió y honró de buena fe los compromisos adquiridos en el trámite adelantado, y **2.** En los casos en que la empresa se acoja al trámite de insolvencia con posterioridad a la terminación de la relación laboral el juez debe analizar es la conducta asumida por el deudor al momento de la finalización del contrato de trabajo y no en hechos ocurridos posteriormente. (Criterio expuesto en sentencias SL3356-2022, SL1595-2020 y SL16884-2016 entre otras)

Conforme a ello, se observa que tal como lo indicó el *A quo*, desde la terminación de la relación laboral con cada uno de los demandantes, esto es, el 30 de septiembre de 2015, hasta el 15 de febrero de 2016 fecha en la que la Superintendencia de Sociedades admitió el proceso de reorganización de la entidad mediante auto de radicado “2016-01-055782” (fl 66 a 75 archivo 12 expediente digital), transcurrieron 4 meses y 16 días, lapso en que la demandada

no estaba bajo la prohibición que alega fue la que impidió realizar el pago de las acreencias laborales a quienes integran la parte activa del proceso, y en el cual tampoco demostró en el trámite, un motivo plausible que explicara el porqué de su omisión, razón por la cual concuerda esta Corporación en que debe emitirse condena por concepto de sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST.

Dicho esto, se observa que la entidad recurrente solicita que la sanción moratoria sea liquidada hasta la fecha en la que fue admitida dentro del proceso de reorganización (15 de febrero de 2016), y no hasta la fecha en la que la Superintendencia de Sociedades terminó el proceso de reorganización y decretó la apertura del trámite de liquidación judicial (16 de noviembre de 2016), no obstante, a criterio de esta Sala de decisión, no hay lugar a modificar la decisión adoptada por el *A quo*, pues si bien la movilidad de su patrimonio se encontraba restringida desde la admisión del proceso de reorganización de acuerdo al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, tal situación no basta para eximirla de su obligación, pues no se evidencia que la demandada al acogerse a dicho proceso, hubiera cumplido a cabalidad con las cargas establecidas en éste para probar su buena fe, y por el contrario, los incumplimientos desembocaron en el decreto de su liquidación judicial, siendo entonces esta última fecha en la que debe limitarse la sanción, por ser el momento en que se inicia el proceso de extinción de la temporal, aclarando que si bien en decisiones anteriores se dispuso como fecha límite para liquidar la sanción moratoria la de la admisión de la reorganización, por decisión de la mayoría de la Sala, se estipula como fecha límite para la liquidación la dispuesta en esta sentencia y se mantendrá en los fallos posteriores.

Por lo anterior, y en atención a que de mantenerse la condena por concepto de sanción moratoria del artículo 65 del CST, la apelación impetrada por la demandada OPTIMIZAR EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, solo recaía respecto a la fecha final que tomo el juez de primera instancia para liquidarla, y dado que tampoco salió avante la apelación interpuesta por la parte demandante, no queda camino distinto al de **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en su totalidad.

COSTAS PRIMERA INSTANCIA:

El artículo 365 del C.G.P, establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, sin que para su procedencia se deba realizar un estudio sobre el actuar de la parte vencida, es decir, si actuó o no de buena fe, sino por el contrario obedece a factores objetivo, máxime si se trata de un tema reiterado, razón por la

cual no hay lugar a variar la condena en costas fijadas en primera instancia.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida día el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo motivado.

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

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


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente

(Rad. 11001310503920160095801)


LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Salvo Voto
parcial

(Rad. 11001310503920160095801)


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503920160095801)

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: JORGE LUIS VELÁSQUEZ BERNAL Y OTRAS
Demandada: FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y OTROS
Radicación: 11001-31-05-**039-2016-00958-01**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, me permito manifestar que me aparto parcialmente de la adoptada, en cuanto a que confirmó la condena al pago de la indemnización moratoria, en los términos en los que fue proferida en la primera instancia, toda vez que considero que le asistía razón a la demandada Optimizar, en cuanto al límite temporal de causación de la referida indemnización, puesto que la Superintendencia admitió en el proceso de reorganización de la Ley 1116 de 2016, a la EST Optimizar SA, mediante auto del 15 de febrero de 2016, el 19 de febrero siguiente, se nombró promotor dentro de dicho proceso, y en providencia del 17 de noviembre siguiente, decretó la apertura del trámite de liquidación judicial de los bienes de la sociedad en referencia.

De modo que, en mi sentir, sin desconocer lo establecido en el art. 28 del CST, en cuanto a que los trabajadores no pueden asumir el deterioro económico de la empresa, no se puede olvidar que al tenor de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 1116 de 2016, en cuanto se efectúa la solicitud de admisión al proceso de reorganización, el empresario tiene prohibido realizar pagos, transacciones o acuerdos tendientes a saldar las obligaciones a su cargo, salvo que exista autorización del juez del proceso concursal, lo que justifica la conducta de la empleadora desde ese momento y la ubica en el marco de la buena fe.

Finalmente, me permito precisar que, ese es el criterio que ha mantenido la suscrita en asuntos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, pese a que, en una providencia anterior, por un *lapsus calami*, adopté decisión favorable en un asunto similar al que hoy se presenta; empero, aclaro que mi criterio no ha sufrido variación, que lo reitero en este salvamento, y con él recojo esa y cualquier otra decisión adoptada en sentido contrario.

Hasta acá, el planteamiento de mi salvamento parcial 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: **c1110e1aee7725c0119e80693a84b69e75bce162c5238fc8362b997b9f9c2450**

Documento generado en 07/12/2022 03:37:49 PM

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